قاضي القضاة شمس الدين ابو العباس احمد بن ابراهيم بن عبد الغني بن ابي اسحق السروجي الحنفي تفقه على القاضي صدر الدين سليمان بن ابي العز وهيب وعلى ابي الطاهر اسحق بن علي بن يحيى الشيخ نجم الدين قاضي القاهرة وولي الحكم بمصر مدة وعزل قبل موته بايام وكان بارعا في علوم شتى وله اعتراضات على ابن تيمية في علم الكلام ووضع شرحا على الهداية وسماه الغاية ولم يكمله ولو كمل هذا لكان يحصل به الاستغناء عن شروح الهداية كلها وغيرها فانه سلك طريقة لم يسلكها احد قبله وولد سنة تسع وثلاثين وستمائة وتوفي يوم الخميس الثاني والعشرين من ربيع من هذه السنة بالمدرسة السيوفية ودفن في يومه بتربته بقرافة مصر جوار قبة الامام الشافعي رضي الله عنه

من عقد الجمان في تاريخ اهل الزمان للشيخ العيني

٧١٠

٢٣٦

محمد بن سماعة ابو عبد الله بن هلال بن وكيع بن بشر ابو عبد الله التميمي الحنفي ولي القضاء بمدينة المنصور وعزله المأمون حدث عن الليث وابي يوسف القاضي ومحمد بن الحسن وهو من الحفاظ الثقات وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة ومكث اربعين سنة لم تفته التكبيرة الاولى الا يوما واحدا ماتت فيه امه ففاتته صلوة واحدة في جماعة فقام فصلى خمسة وعشرين صلاة فغلبته عيناه فأتاه آت فقال يا محمد قد صليت خمسا وعشرين صلاة ولكن كيف لك بتأمين الملائكة توفي في شعبان سنة [illegible] ثلث وثلثين رحمه الله وكان مولده سنة ثلاثين ومائة وكتب النوادر عن ابي يوسف ومحمد وروى الامالي والكتب وله مصنفات منها كتاب ادب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وغيرهما

من عقد الجمان في تاريخ اهل الزمان للشيخ العيني عليه الرحمة

عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي الحنفي جمال الدين ابو محمد اشتغل كثيرا وسمع من اصحاب النجيب واخذ عن الفخر الزيلعي شارح الكنز وعن القاضي علاء الدين ابن التركماني وغير واحد ولازم مطالعة كتب الحديث الى ان خرج احاديث الهداية واحاديث الكشاف فاستوعب ذلك استيعابا بالغا ومات بالقاهرة في المحرم سنة ٧٦٢ ذكر لي شيخنا العراقي انه كان يرافقه في مطالعة الكتب الحديثية لتخريج الكتب التي كانا قد عنيا بتخريجها فالعراقي لتخريج احاديث الاحياء والاحاديث التي يشير اليها الترمذي في الابواب والزيلعي لتخريج احاديث الهداية وتخريج احاديث الكشاف فكان كل منهما يعين الآخر ومن كتاب الزيلعي في تخريج الهداية استمد الزركشي في كثير مما كتبه من تخريج الرافعي

من الدرر الكامنة في رجال المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني عليه رحمة الملك الباري

١

١٤١٢

محمد بن محمود بن احمد البابرتي الشيخ اكمل الدين الحنفي ولد سنه بضع عشرة وسبع ماية
واخذ عن ابي حيان والاصفهاني وسمع الحديث من الدلاصي وابن عبد الهادي وقرره شيخو
في مشيخة مدرسته وعظم عنده جدا وعند من بعده بحيث كان الظاهر يرقوق يجي
الى شباك الشيخونية فيكلمه وهو راكب وينتظره حتى يخرج فيركب معه وكان علامة
فاضلا ذا فنون وافر العقل قوي النفس عظيم الهمة مهابا عرض عليه القضا مرارا فامتنع
وله من التصانيف التفسير شرح المشارق شرح مختصر ابن الحاجب شرح عقيدة
الطوسي شرح الهداية في الفقه شرح الفية ابن معط في النحو شرح المنار شرح البزدوي
شرح التلخيص في المعاني قال ابن حجر وما علمته حدث بشيء من مسموعاته مات ليلة الجمعة
تاسع عشر رمضان سنه ست وثمانين وسبع مايه وحضر جنازته السلطان
فمن دونه ودفن بالشيخونيه ذكرت في الطبقات الكبرى كثيرا من فوايده

من طبقات النحاة للسيوطي

قال ابن قاضي شهبة في تاريخه المسمى ببدايع الزهور في وقايع الدهور وفي شهر رمضان من سنه ست وثمانين وسبعماية توفي
الشيخ العلامة اكمل الدين محمد بن محمود بن احمد الرومي البابرتي الحنفي شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية توفي ليلة الجمعة تاسع عشر
من هذه السنة وكان مولده سنة بضعة عشر وسبعمائة وقد مات رحمه الله وله من العمر نحو من سبعين سنة وكان اماما بارعا
زاهدا صالحا دينا خيرا متنزها عن الدخول في المناصب الكبار وقنع بمشيخة الشيخونية وهو الذي كان السبب في انشائها ورتب
اوقافها على ما اراد وجعل له شيخو النظر العام كما يختار في التصرف بذلك وكان قدم الى حلب ثم دخل مصر واخذ العلم
عن شمس الدين الاصفهاني وابي حيان وغيرهما من العلماء الاعيان وكان ماهرا في الفقه والعربية والاصول مشارا اليه عند المباحثة
في كل فن وله عدة تصانيف مشهورة منها شرح الهداية وشرح التلخيص وشرح المشارق وشرح الالفية لابن معطي وشرح
البزدوي في المعاني وغير ذلك من العلوم الجليلة وكان السلطان الظاهر برقوق يعظمه جدا وكان ينزل اليه الى الخانقاه الشيخونية ويزوره
ويستشيره في الامور المهمات وكانت رسالته عند الامراء لا ترد وسئل بالقضا غير مرة فابى ذلك ولما ان مرض
نزل اليه السلطان وعاده ولما مات نزل اليه السلطان وحضر جنازته واخرجوه من الخانقاه وصلوا عليه في سبيل المومني و
شال السلطان قايمة نعشه وهم في الطريق ان يحمل نعشه فلم يمكنوه الامراء من ذلك وصلوا عليه ثم عادوا به الى الخانقاه
وعاد السلطان معه ماشيا وهو ماش الى الخانقاه حتى حضر دفنه فدفن داخل القبة بجوار قبر شيخو وكثر عليه الاسف والحزن
من الناس وكان في غاية التعظيم وقد قال ابن ابي حجلة فيه رحمه الله تعالى

شيخ الى سبل الهدى مسلكه ٭ وسبيله في العلم ما لا يجهل ٭ شيخ تبحر في العلوم فمن رأى ٭ بحرا يسوغ لوارديه المنهل ٭
شيخ عليه من المهابة رونق ٭ كالبدر لكن وجهه متهلل ٭ شيخ تقدم في العلوم لانه ٭ ان عد ارباب الفضايل اول ٭
شيخ يجس بيانه وشروطه ٭ ما بات بالمصباح ما يتعقل ٭ ما قيل هذا كامل في ذاته ٭ الا وقلت الشيخ عندي اكمل ٭
وقال ابن العطار رثيه ٭ زر شيخ الاسلام الذي فضله ٭ قد عمنا تشريفه المكمل ٭
وكيف لا يعطي الرضا والذي ٭ بدا به سعد الورى الاكمل ٭ ولما توفي الشيخ اكمل الدين خلع السلطان على الشيخ عز الدين
يوسف بن محمود الرازي الحنفي وقرره في مشيخة الخانقاه الشيخونية عوضا عن اكمل الدين بحكم وفاته انتهى ذلك والله تعالى اعلم

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر يا كريم

الحمد لله الذي هدانا في البداية معرفة الهداية وأعاننا بعين العناية في النهاية عن الجهل والغواية وجعلنا ممن آمن بما انزل واتبع الرسل ورزق للدراية وخصنا باهلية الشهادة على الامم بفضل منه وكمال الرعاية احمده على افاضة حكمه واشكره على سوابغ نعمه واصلي على من اصطفاه الله للرسالة وكان خازنا على وحيه حاميا امينا وحباه بمعرفة تام الكلام معدن الانوار والاسرار وكان اماما هاديا مبينا محمد المبعوث الى الاسود والاحمر بالكتاب العزيز المعجز المنور وعلى آله واصحابه القائمين بنصرة الدين القويم الازهر والصفوة المجتهدين من امته الوارثين لعلمه العزيز الانور يقول العبد الفقير الى رحمة ربه الحفي محمد بن محمود بن احمد الحنفي غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي اما بعد فان كتاب الهداية لمثبتة للهداية لاحتوائه على اصول الدراية وانطوائه على متون الرواية تخلصت معادن الفاظه من خبث الاسهاب وخلت نقود معانيه عن زيف الايجاز وبهرج الاطناب فهي زبر بوده الابريز مركبا من معنى وجيز تمشت في المفاصل عذوبته وفي الافكار رقته وفي العقول حدته ومع ذلك فربما خفيت جواهره في معادنها واستترت لطائفه في مكامنها فلذلك تصدى الشيخ الامام والقرم الهمام جامع الاصل والفرع مقرر مباني احكام الشرع حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه وجعل الجنة مثواه لابراز ذلك والتنقيب عما هنالك فشرحه شرحا وافيا وبين ما اشكل منه بيانا شافيا وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق لكن وقع فيه بعض اطناب لا بحيث ان يهجر لاجله الكتاب ولكن يتعسر استحضاره وقت القاء الدرس على الطلاب وكانوا يقترحون عند المذاكرة ان اختصره على ما يحتاج اليه لحل الفاظ الهداية وبيان مبانيه ويحصل به تطبيق الادلة على تقرير احكام ومعانيه وكنت امتنع عن ذلك غاية الامتناع واسوفهم من الاعوام مثنى وثلاث ورباع وكان اشتياقهم يزيدهم غراما وتسويفي يفيدهم هياما فلم نزل على هذا المنهاج حتى اصبحوا ظاهرين بالالحاح فاستخرت الله واقدمت على هذا الخطب الخطير وتضرعت بضراعة الطلب الى العالم الخبير في استنزال الكلاءة عن الزلل في التحرير والتقرير وجمعت منه ومن غيره من الشروح ما ظننت انه مما يحتاج اليه ومما يكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه واشرت الى المباحث المتعلقة بمقدمات الدليل وترتيبه ولم آل جهدا في تنقيحه وتهذيبه واوردت مباحث لم اظفر عليها في كتاب ولم تصل الي عن احد برسالة ولا خطاب بل كان خاطري ابا عذرة مقتضبها حلوه ومره وسميته العناية لحصوله بعون الله والعناية وسألت الله ان ينفع به كما نفع باصله انه اكرم مسؤول واعز مأمول ثم اني اروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة امام الهدى معدن التقى فريد عصره ووحيد دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور ضريحه وهو يرويه عن شيخيه العلامتين الامامين الهمامين المتبحرين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز

صاحب

صاحب الكشف ومولانا حسام الدين حسين صاحب النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه مهجعهما وهما يرويان عن الشيخ الكبير السالك الناسك الورع التقي النقي استاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين وقدوة المحققين واسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله واسعة وهما يرويان عن استاذ ائمة الدنيا مظهر كلمة الله العليا شمس الائمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه وهو يروي عن شيخه شيخ شيوخ الاسلام حجة الله على الانام مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والايام المخصوص بالعناية صاحب الهداية غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا واثابنا الجنة برحمته وختم لنا بخير في عافية اجمعين

قال المصنف رحمه الله الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه اللام في الحمد للجنس ويجوز ان تكون لاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند اهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على ان العباد خالقون لافعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا ليس بواضح لان من اهل السنة من جعله للعهد اعني الذهني وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل فقولنا هو الوصف كالجنس وقولنا بالجميل اخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل اخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم والكلام في اسم الجلالة من كونه منقولا او مرتجلا مشتقا او غيره علما او غيره ليس مما يهمنا الآن ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل احد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ او جميع افراد ذلك ثابت لله بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كونه تعالى محمودا قبل الحمد من حامد اولا والمعالم جمع معلم واراد به اصول الشرع لكونها مدارك العلم الشرعي والاعلام علماؤه والشعائر جمع شعيرة قيل والمراد بها ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالاذان والجمعة وصلاة العيد والاضحية والشرع بمعنى المشروع او بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر موضع المضمر او بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عليه السلام كما يقال شريعة محمد واحكام الشرع هي الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرها وحمل الشعائر على الاسباب والعلل والشروط والعلامات التي للاحكام ويكون اشارة الى براعة الاستهلال لان كتابه هذا مشتمل على الاحكام مبينة بذلك **قال** رحمه الله وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما السلام والنبي هو الذي ينبئ عن الله وان لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر وقوله هادين من بيان طريق الصواب واعترض على المصنف بانه ترك ذكر محمد صلى الله عليه وسلم مع كونه الاصل المحتاج الى ذكره واجيب بان المراد بالرسل والانبياء محمد صلى الله عليه وسلم لكنه جمعه تعظيما له ولما تقدم وهو محتمل وقوله داعين كقوله هادين في كونه صفة مادحة وقوله لسبيل الحق يجوز ان يكون صفة لعلما وان يكون حالا لاتصافه اولا بداعين والنكرة الموصوفة جاز ان يقع عنها الحال متأخرا وان يكون استئنافا كأنه قائل قال كيف دعوتهم الى سبيل سننهم فقال

يسلكون فيما لم يوثر عنهم اى لم يوجد عنهم ماثور اى مروى مسلك الاجتهاد وفيه بيان انهم لا يخرجون عن الماثور عنهم اذا وجدوه وانهم متبعوهم على الدوام لانهم اذ وجدوا ماثورا عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وان لم يجدوا اتبعوهم فى طريقهم اذا لم يوثر اليهم وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع ليحصل الظن بحكم شرعى وقد قررنا شروطه وحكمه فى التقرير وقوله مستنبطين حال من ضمير يسلكون واراد باوايل المستنبطين اباحنيفة واصحابه رحمهم الله بدليل قوله وضعوا مسايل من كل جلى ودقيق فانهم الذين تولوا تمهيد قواعد المسايل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلى المسايل القياسية لظهور ادراكها غالبا وبالدقيق المسايل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه اصحابنا من المسايل الفقهية هو الف الف وماية الف وسبعون الفا ونيف مسئلة وقوله غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال اذا كان اوايل المستنبطين وضعوا مسايل من كل جلى ودقيق فاى حاجة تدعو الى الاستنباط والتصنيف وجهاتهم وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل اى الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة واستعير ههنا للاجوبة المنقولة عن السلف فى الفتاوى والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهى الابدة والقبس شعلة من نار يقال تقبست منه نارا واقتبست منه علما اى استفدته والموارد جمع المورد استعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباط بجامع عسر الوصول الى المقصود واستعار الموارد للاصول باعتبار انها محال الاصول يعنى كما ان اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية من الاصول اى الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار وبين ان الاعتبار ليس صنعة كل احد بل من صنعة الرجال الكاملين فى الرجولية وقوله وبالوقوف على الماخذ خبر ثان لقوله والماخذ بالامثال وقوله يعض عليها حال من الضمير فى الخبر ومعناه وقياس الاحكام على نظايرها انما هى من صنعة الكمل من الرجال وهو بالوقوف على الماخذ حال كونها يعض عليها بالنواجذ يعنى اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله غير ان الحوادث الى آخره اعتذار عن الشروع فى التصنيف وقوله والاعتبار وبالامثال ان كان ذكره هضما لنفسه عن رتبة التصنيف كان معناه الاعتبار الا من صنعة الرجال وبالوقوف الحكم المتقن على الماخذ ولست منهم ولا حصل لى ذلك لكن كان قد جرى على الوعد فى مبدأ بداية المبتدى ان اشرحها شرحا ارسمه بكفاية المنتهى فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ لئلا اكون ممن اذا وعد اخلف وانما قال بعض المساغ لان الوعد بالتبرع غير موجب وانما هو مجوز تحسينا والى هذا المعنى اعنى كونه هضما لنفسه ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله وان كان ذكره لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وانا انتهم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على الماخذ بالاتقان كما حصل لهم فجاز لنا الاعتبار والحال انه قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساغ يعنى منفرجا عن صلاحية الواعد للاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية والى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذى ذكرته من العبارة وقوله وحين اكاد اتكى عنه اتكاء الفراغ قيل عدى الاتكاء بعن وان كان تعديته بعلى لتضمينه معنى الفراغ وذكر بان معناه

حينئذ

حينئذ يكون وحين اكاد افرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صلة الفراغ قدم رعاية للسجع وقوله تبينت اى علمت والنبذ الشى القليل وقوله فصرفت العنان والعناية يعنى عنان الخاطر وعناية القلب وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن وقوله اجمع يجوز ان يكون حالا من ضمير صرفت ويجوز ان يكون صفة شرح وعيون الرواية هى التى اختارها العلماء فان عين الشى خياره ومتون الدراية المعانى الموثرة والنكات المبتنية وقوله فى كل باب يعنى من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الى الذى وقع فى كفاية المنتهى وخفت ان يهجر لاجله الكتاب والاسهاب الاطناب وهو التكلم بازيد من متعارف الاوساط وقوله حما انه دفع لما يتوهم انه لما وقع مع جزء خلا عن الاصول والفصول فكان اولى بالهجر من الاول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه خاليا عن الاطناب مشتمل على اصول ينسحب عليها فصول وهو كما قال جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من خدم كتابه حق خدمته فيما ظهر من ذلك قوله فى فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد البيع فان فى كل قيد منه احترازا عما يضاده وجمع لما يوافقه وقوله لا تمامها واختتامها الضمير للهداية وفى بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين وقوله حتى ان من سمت متصل بتاركا للزوايد او بصرفت وسمت بمعنى علت والمزيد مصدر كالزيادة ومن عجلة الوقت بمعنى عجله اى سرعته واسناده الى الوقت مجاز عقلى كصيام النهار والشعر لابى فراس وقبله على لربع العامرية وقفة ليملى على الشوق والدمع كاتبه ومن عادتى حب الديار لاهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله اى هذا الفن وهو علم الفقه كله خير فان شئت فارغب فى الاقصر والاخصر حفظا وتحصيلا وان شئت فى الاطول والاكبر كشفا وتاصيلا وقيل معناه حين العلم حسن فارغب فى اى نوع شئت وهو كلام صحيح لكن تقريب لههنا والمراد بالمجموع الثانى هو الهداية وكانه بعد صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى سأله اخوانه الاملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله فى تحرير اى تقويم ما يقاوله وتلخيصه وفى لفظ المفاعلة تزيد تداوله ومقاساة ليس فى القول وحاولت الشى اردته ويقال فلان حديد بكذا اى خليق به ورد ان صاحب الهداية بقى فى تصنيف الكتاب ثلاث عشرة سنة وكان صايما فى تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له خله وروح فاذا راح كان يطعمه احد الطلبة او غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء والله اعلم

كتاب الطهارات

الكتاب والكتابة فى اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بانه طايفة من المسايل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل فقوله طايفة كالجنس وقوله من المسايل الفقهية احتراز عن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة اى مع قطع النظر عن تبعيتها للغير او تبعية غيرها اياها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه تابع للصلاة ويدخل كتاب الصلاة فانه مستتبع للطهارة وقد اعتبر مستقلين ثم

اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح واما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الاصلي وظهر من هذا
ان اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الاباق وكتاب
المفقود وانقطاعهما عن الصلاة والزكاة وقد يكون لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع
والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا وقوله شملت انواعا ولم تشمل لدفع قول من
يقول الكتاب اسم لجنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل
على اشخاص تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب ما لم يذكر فيه لا باب ولا فصل
ككتاب اللقطة واللقيط والاباق وغيرها على ما سيأتي فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ذلك فذكره دفعا
لذلك والطهارة في اللغة نظافة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث او الخبث
عما تعلق به الصلاة والمراد اعم من ان يكون طبعا او شرعا وكلمة او ليست لمانعة الجمع فلا يفسد بها
الحد وقوله عما تعلق به الصلاة ليتناول المكان فان طهارته شرط على ما سيأتي وركنها استعمال
المزيل وشرط وجوبها الحدث او الخبث وسببها وجوب الصلاة لا وجودها لان وجودها مشروط
بها فكان متأخرا عنها والمتأخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلاة او ما يضاهيها فاقامت
به وانما جمع الطهارات نظرا الى انواعها ولا يشكل بالصلاة والزكاة لان الاتيان بالجمع في مثله احد
الجائزين فلا يرد تركه نقضا ووجه تخصيص الطهارة بذلك ان انواعها احق بالتنبيه عليها لتفاوتها
من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف انواع الصلاة والزكاة ولا يشكل بصلاة الجنازة
لانها دعاء وانما ابتدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان
على كل عبادة **قال** رحمه الله قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة تبرك
المصنف رحمه الله بتقديم الاية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وان كان القاعدة في الدعاوى
تقديم المدعى ومعنى قوله اذا قمتم اذا اردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص
فان الفعل الاختياري لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شايع كما عرف في موضعه وليس في هذا
الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الاية يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم الى
الصلاة وهو مذهب اهل الظاهر محدثا كان او غيره والجمهور على خلافه قالوا معناه اذا قمتم الى
الصلاة وانتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته فانه لو كان الامر كما
ذكروا كان كل من جلس يتوضأ لزمه اذا قام الى الصلاة وضوء آخر وفي ذلك تفويت الصلاة بالاشتغال
بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم
مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط الاية فتيمموا صعيدا طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل
عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل وانما اضمر قوله وانتم محدثون كراهة ان يفتتح آية
الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى للضالين الصائرين الى التقوى بعد الضلالة
كراهة ان يفتتح اول الزهراوين بذكر الضلال واعترض على الاول بان الجلوس في الوضوء ليس بواجب
فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني بان الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قائم وآية التيمم تدل
بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب عن الاول انا سلمنا

ان الجلوس

ان الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي الى وجوب القيام للوضوء دائما لان اداء
الصلاة لا يتحقق اذ ذاك الا اذا توضأ قائما وذلك باطل بالاجماع وما يفضي الى الباطل باطل واذا
ثبت هذا ان ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضي عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض
ويسقط السؤال الثاني واعترض بالاستدلال بالدلالة فانه ههنا لانها تدل على اشتراط وجوب
التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل ويجوز ان يخالف البدل الاصل في الشرط فانه خالفه في اشتراط
النية وهي شرط لا محالة والجواب ان كلامنا في مخالفة البدل الاصل في شرط السبب فان ارادة
القيام الى الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس
شرط السبب فان ارادة القيام الى الصلاة بشرط نية التيمم ليست بسببه وانما النية شرط صحة التيمم
لا شرط سببه **قال** رحمه الله فرض الطهارة الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل
والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما فسر الغسل والمسح
مع فهم معناهما اشارة الى دفع ما يذهب اليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على ما سيجيء وقال
ان البلل بالماء في المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن ابي يوسف وقصاص الشعر منتهاه وغايته
في الرأس وفي القاف ثلاث لغات والضم اعلاها وقوله وهو مشتق منها اعترض عليه بان الثلاثي لا يكون
مشتقا من المنشعبة وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير واما في الاشتقاق الكبير
وهو ان يكون بين الكلمتين تناسب في اللفظ والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل
عندنا وقال زفر لا يدخلان لان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف
لزفر يخالف ما ذكره في نسخ الاصول فان المذكور فيها تعارض الاشباه وهو ان من الغايات
ما يدخل كقوله قرأت القرآن من اوله الى آخره ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة وقوله ثم اتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية اعني المرافق تشبه كلا منهما فلا
تدخل بالشك وتأويل كلام المصنف ان هذه الغاية اي المرافق لا تدخل بتعارض الاشباه كما لم تدخل
في قوله الى الليل ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها يعني ان الغاية على نوعين نوع تكون لمد الحكم
اليها ونوع تكون لاسقاط ما وراءها والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما وراءها
والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما وراءها كانت للثاني والا فللاول وما
نحن فيه من الثاني لان ذكر اليد يتناول الآباط بدليل ان الصحابة رضي الله عنهم وهم اهل اللسان فهموا
ذلك من آية التيمم فتبقى المرافق داخلة بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول الامساك ساعة وكانت لمد الحكم
اليها فيبقى الليل خارجا والكعب هو العظم الناتئ اي المرتفع والنتوء الارتفاع وقوله هو الصحيح
احتراز عما رواه هشام عن محمد انه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك
قال لان الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن
به وهذا صحيح في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين فاما في الطهارة فلا
شك ان العظم الناتئ المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهود
قوله والمفروض في مسح الرأس اي المقدار من جهة الفرضية مقدار الناصية وهو ربع الرأس

وهو كما ترى يشير الى انه يجوز من اى جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة ان
النبى صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد
الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب
صحته وكادته قيل هو حديث واحد وقيل حديثان جمع القدورى بينهما فان الحديث الذى ذكر فيه
السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذى ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه السباطة الكتابة من
باب ذكر الحال وارادة المحل وقوله والكتاب مجمل فالتحق بيانا به جواب عما يقال حديث المغيرة خبر
واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه انه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بيانا به
ويجوز ان يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب مجمل لان المجمل لا يمكن
العمل به الا ببيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الاقل لتيقنه سلمنا انه مجمل والخبر بيان له
ولكن الدليل اخص من المدلول فان المدلول مقدار الناصية وهو ربع الراس والدليل يدل على تعين الناصية
وشأنه لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل قطعى وخبر الواحد
لا يفيد القطع سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفى الملزوم والجواب انا لا نسلم ان العمل به قبل
البيان ممكن قوله بحمله على الاقل قلنا لا اقل من شعرة والمسح عليها لا يكون الا بزيادة عليها وما لا يمكن
الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فيتحقق الاجمال فى المقدار والبيان انما يكون لما فيه الاجمال
فكان الناصية بيانا للمقدار وللمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال فى المحل وكان من باب ذكر الخاص وارادة
العام وهو مجاز شايع وكان متساويين فى العموم والاصل ان خبر الواحد اذا لحق بيانا للمجمل كان
الحكم بعده مضافا الى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعى ولا نسلم انتفاء اللازم
لان الجاحد من لا يكون مؤولا وموجب الاقل والاستيعاب مأول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة
تمنع التكفير من الجانبين الا يرى ان اهل البدع لم يكفروا بما منعوا مما دل عليه الدليل القطعى فى نظر اهل
السنة لتاويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعى فى التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك فى
اشتراط الاستيعاب قوله وفى بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل
فى آلة المسح وهو الاصابع قيل هو ظاهر الرواية لكونها المذكورة فى الاصل فكان ينبغى ان يقول على
ظاهر الرواية وعلى هذه الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز على قول الاول قال رحمه الله
وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء لما فرغ من فرايض الوضوء بين سننه والسنة
هى الطريقة المسلوكة فى الدين وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق اللائمة بالترك لا غير وسنن الطهارة
اى الوضوء والاضافة للبيان وانما جمع دون الفرض لان الفرض فى الاصل مصدر فروعى ذلك ويستغنى
عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم فانهم كانوا يتوضأون من الاتوار وطريق غسل
اليدين قبل ادخالهما الاناء ان يأخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا وان كان
كبيرا لا يمكنه رفعه يأخذ الماء باناء صغير ان كان معه فيصبه بشماله على يمينه والا يدخل اصابع
يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمنى وقوله اذا استيقظ
المتوضئ نقل عن شمس الائمة الكردرى انه شرط حتى انه اذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط

اتفاقى خص المصنف غسلهما بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ
وغيره وعليها الاكثرون ووجه التمسك بالحديث ان الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه الا
بالغمس والغمس حرام حتى يغسل اليد ثلاثا فيكون الغمس والغسل واجبين لان ما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب الى السنة فى الغسل لانه صلى الله عليه وسلم
علل بتوهم النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والا
حتياط وقوله ولان اليد آلة التطهير مبناه ايضا على ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
لكنه ترك لان طهارة العضو حقيقة وحكما تدل على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند
المفصل وقوله وتسمية الله فى ابتداء الوضوء قال الطحاوى هو ان يقول بسم الله العظيم والحمد
لله على دين الاسلام هو المنقول عن السلف وقيل انه موضوع الى النبى صلى الله عليه وسلم وتمسك
بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء لمن لم يسم ووجه ذلك ان لا لنفى الجنس فبحقيقته يقتضى ان لا
يكون وضوء الا بتسمية واليه ذهب اصحاب الظواهر واحمد وجعلوا التسمية من شروط
الوضوء لكنا قلنا المراد به نفى الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به فان قيل فحينئذ كان كقوله
صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو افاد الوجوب اجيب بان خبر الفاتحة مشهور
دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشئ لانه لو كان كذلك لجاز به الزيادة على الكتاب وليس
كذلك وبان النبى صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة فى الصلاة من غير ترك دون التسمية فانه
روى ان مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه
فقال عليه السلام انه لم يمنعنى ان ارد عليك الا انى كرهت ان اذكر الله الا على طهارة وتمسك
به مالك وانكر التسمية فى اول الوضوء فقال اتريد ان تذبح اشارة الى ان التسمية فى الذبيحة
دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على انه صلى الله عليه وسلم توضأ قبل ان يذكر الله وكونها سنة
مختار الطحاوى والقدورى والاصح ان التسمية مستحبة وان سماها فى الكتاب يعنى القدورى
سنة لما ذكرنا ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليها روى ان عثمان وعليا رضى الله عنهما
حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل عنهما التسمية وما روى انه صلى الله عليه
وسلم سمى فهو من باب قوله عليه السلام كل امر ذى بال لم يبدأ باسم الله فهو ابتر ويسمى
قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح دون ما قيل يسمى قبل الاستنجاء لما انه من سنن الوضوء فيسمى
قبله ليقع جميع افعال الوضوء وفرضها وسننها بالتسمية وما قيل يسمى بعد الاستنجاء لان قبله
حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح لان
قوله صلى الله عليه وسلم كل امر ذى بال لم يبدأ بذكر الله يستدعى التسمية فى ابتداء الوضوء
والاستنجاء لما كان ملحقا به من حيث هو طهارة استحب ان يبدأ بها وقوله والسواك اى
استعماله حذف المضاف لامن الالتباس والسواك اسم الخشبة المعينة للاستياك وينبغى
ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوى المعدة ويكون فى
غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة لان النبى صلى الله عليه وسلم

كان يواظب عليه وعند فقده كان يعالج بالاصبع والمواظبة مع الترك دليل السنة وبدونه دليل
الوجوب وقد دل على تركه حديث الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا لعلمه ويستدل
بترك التعليم على تركه دفعا للتعارض فان عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان
تدافعا وقوله والمضمضة والاستنشاق لان النبي صلى الله عليه وسلم فعلهما على المواظبة يعني مع الترك
والدليل على الترك حديث الاعرابي على الوجه الذي ذكرناه وما روي عن عائشة رضي الله عنها انها حكت
وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تذكر المضمضة والاستنشاق وانما تعرض لكيفيتهما نفيا
لقول الشافعي فان عنده الافضل ان يتمضمض ويستنشق بكف بماء واحد لما روي انه صلى الله عليه
وسلم فعل كذلك ولنا ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضاء
وتاويل ما روي انه صلى الله عليه وسلم لم يستعن باليدين كما في غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد
وقوله ومسح الاذنين وهو سنة بماء الرأس اي لا بماء جديد خلافا للشافعي فانه يقول هو سنة
بماء جديد وقال في النهاية انتصاب خلافا جاز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعل اي قولنا هذا
يخالف خلافا للشافعي او هذا المذكور في معنى خالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة كقوله لفلان
علي الف درهم اعترافا استدل الشافعي بما روى ابو امامة الباهلي ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ لاذنيه
ماء جديدا ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح رأسه واذنيه بماء واحد
وقال الاذنان من الرأس ووجه التمسك ان المراد بقوله الاذنان من الرأس اما ان يكون بيان الحقيقة
وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك على انه شاهد لا يحتاج الى البيان او بيان انهما ممسوحتان كالرأس
لا بماء الرأس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين في امر لا يوجب كون احدهما من الآخر كالرجل
من الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الرأس لاشتراكهما في المسح واما بيان انهما ممسوحتان
بماء الرأس وذلك يناسب الذكر عند مسح الاذنين بماء واحد فانه اذا كان من ابعاض الرأس
حقيقة وحكما جاز ان يمسح بماء واحد فكذا اذا حكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان يجزي مسحهما عن مسح الرأس اجيب بان كون الاذن من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يتغير
عما ثبت بالكتاب كما ان التوجه الى الحطيم لا يجزي لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى
البيت ثابت بالكتاب فلا يجزي عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله وتخليل
اللحية لان النبي صلى الله عليه وسلم امره جبريل بذلك قال عليه السلام نزل جبريل عليه السلام يامرني
ان اخلل لحيتي اذا توضأت ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا انا تركناه لئلا يعارض الكتاب وفيه
نظر لانه انما يلزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد واما اذا افاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر
الفاتحة والحق ان الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روي عن ابي حنيفة
انه قال بما روي انه صلى الله عليه وسلم اخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال بهذا امرني ربي لم يثبت الا مرة
واحدة وعن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز ان صاحبه لا ينسب
الى البدعة وهو المنقول عن محمد كما ذكر في الكتاب وقوله لان السنة يعني في الوضوء اكمال الفرض
في محله والداخل اي داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم وجوب ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض

بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض في الوضوء واجيب بان الفم
والانف من الوجه من وجه اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض وقوله خللوا لم يفد
الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله
صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل فيها تصرفه عن افادة الوجوب والوعيد مصروف الى ما اذا لم يصل
الماء بين الاصابع وقوله ولان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد
بالقبول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تاويل وهو
من زاد على اعضاء الوضوء او نقص عنها او زاد على الحد المحدود ونقص عنه او زاد على الثلاث
معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلاث فهذه ثلاثة اوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة
لانه مجاوزة عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى ولم تظلم منه شيئا اي لم تنقص
وقوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختياره التاويل الثالث يعني انه اذا زاد لطمأنينة
القلب عند الشك او بنية وضوء آخر فلا باس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر
بترك ما يريبه الى ما لا يريبه قال رحمه الله ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة قيل
المستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه وقوله فالنية في الوضوء سنة عندنا ينافي ذلك لان
السنة ما يثاب على فعله ويلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار
المصنف وتفسير النية في الوضوء هو ان ينوي ازالة الحدث او اباحة الصلاة وهي فرض
عند الشافعي قال لانها عبادة اذ العبادة فعل ياتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما
لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى وما امروا
الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعله حالا للعابدين والاحوال
شروط فتكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم في كونهما طهارتين للصلاة
ولنا القول بموجب العلة يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا
في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون
النية حتى يكون مفتاحا للصلاة او لا ولا مدخل لكونه عبادة في ذلك ونقيد ذلك بدونها
لان اعضاء الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الامر بتطهيرها والماء مطهر
بطبعه فاذا لاقى النجس طهره قصد المستعمل ذلك او لا كالثوب النجس وكما في حق الارواث
بخلاف التيمم فان التراب لم يعقل مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد بدون
النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهرا طبعا فيحتاج الى النية اجيب بان
مسح الرأس ملحق بالغسل لقيامه مقامه وانتقاله اليه لضرب من الحرج وقوله او هو ينبئ عن
القصد فلا يتحقق بدونه قيل يعني ان التيمم ينبئ عن القصد والنية هو القصد فلا يتحقق التيمم
بدون القصد اي النية وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد لغة والقصد الذي هو النية انما هو
قصد خاص وهو قصد اباحة الصلاة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول من لوازم اللفظ
والثاني فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الآخر وقوله ويستوعب رأسه بالمسح اي يستحب

ان يستوعب راسه بالمسح على ما اختاره القدوري وقوله وههنا يعني على اختياره وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع بطون ثلث اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرها الى اخر الراس ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة رضي الله عنها مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضي الله عنه توضا ثلاثا ثلاثا ومسح راسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس والبراء وابي امامة الباهلي مثل ذلك قال الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلاثا ثلاثا ومسحا ثلاثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه اولا قال المصنف والذي يروى فيه من التثليث يريد به ذلك يعني على تقدير ثبوته محمول عليه اي على التثليث بماء واحد وهو مشروع على رواية الحسن عن ابي حنيفة ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة انه اذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا فان قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا وثالثا اجيب بانه ياخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض اخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض الا يرى ان الاستيعاب يسن بماء واحد قوله ولان المفروض هو المسح دليل اخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة في الوضوء اكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحا الى كونه غسلا وقوله وصار كمسح الخف تقريره مسح الراس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف وقوله بخلاف الغسل متصل بقوله وبالتكرار يصير غسلا ومعناه ان المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي المسموح على المغسول فاسدا قال رحمه الله ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله بذكره ويرتب معطوف على قوله وليستوعب والكلام في كونه مستحبا او سنة كما تقدم وقوله فيبدا بيان الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية ووجه الاستدلال ان الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى الصلاة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لانه معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب او لعدم القائل بالفصل ولنا ان المذكور في الاية حرف الواو ويعني بعد الفاء والواو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب وتحقيقه سلمنا ان الفاء للتعقيب يفيد تعقيب ما بعده لما قبله وما بعده غسل جملة الاعضاء غير مرتبة فيفيد تعقيبها للقيام الى الصلاة ونحن نقول به وليس الكلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء والداخل فيها الواو وهو لا يفيد الترتيب فان قيل كيف ادعى المصنف اجماع اهل اللغة ومنهم من يقول انه يفيد الترتيب

ومنهم

ومنهم من يقول يفيد القران اجيب بان ابا علي الفارسي ذكر ان النحاة اجمعوا ان الواو للجمع المطلق ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد المصنف على ذلك وبان خلاف القليل لا يمنع الاجماع اللغوي وقوله والبداية بالميامن فضيلة اي مستحبة والميامن جمع ميمنة خلاف الميسرة وذكر في المغرب ان البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل تسريح الشعر

فصل في نواقض الوضوء

ويعرف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدا بما ينافيه من العوارض اذ العارض انما يكون متاخرا عن المعروض والنواقض جمع ناقضة والنقض متى اضيف الى الاجسام يراد به ابطال تاليفها ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجها عما هو المطلوب به والمطلوب منها من الوضوء استباحة الصلاة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به كل ما يخرج من السبيلين اي خروج كل ما يخرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف تصحيحا للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح وانما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في قوله لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فان المتقدمين استنكفوا عن ذلك الى ان زمن الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فان الوضوء لا ينتقض به في اصح الروايتين اجيب بانه مخصوص من العموم لان الريح لا تنبعث من الذكر وانما هو اختلاج والقبل محل الوطء ليس فيه نجاسة يتنجس بالمرور عليها وهو في نفسه طاهر عند المصنف على ما يجيء ووجه الاستدلال بقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض ينتهي اليه الانسان عند ارادة قضاء الحاجة تسترا ان الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم لخروج النجس وكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وارادة الملزوم والترتب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا ان البدل لا يخالف الاصل في السبب قد تقدم ان الحدث شرط الوضوء فكيف يكون علة لنقضه لانه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما وقوله وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره نفي لقول مالك فانه يقول لا وضوء لما يخرج نادرا كالحصاة والدود ودم الاستحاضة مستدلا بان الله تعالى كنى بالغائط على الوجه المستعمل عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا قلنا تقييد بلا دليل وتعليل بما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما قال رحمه الله والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير ... النجس من بدن الانسان الذي ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم وقيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة ما لم تتصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن بدن الحي كما ذكرنا فانها ان خرجت من بدن الميت بعد غسله لا توجب اعادة غسله بل توجب غسل ذلك الموضع على ما سياتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما يبدو

ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا فكان تفسيرا للخروج وردا لما ظنه زفر ان البادي خارج حتى
او رد ما لم يسل نقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء وقوله يلحقه حكم
التطهير والمراد ان يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الراس الى قصبة
الانف انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك
لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الانف وصلت الى ذلك اذ الاستنشاق فرض في الجنابة
وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قاء فلم يتوضا ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي اي امر تعبدنا به كلفنا الله به من غير
معنى يعقل اذ العقل انما يقتضي وجوب غسل موضع اصابة النجاسة فيقتصر على مورد الشرع
وهو المخرج المعتاد والياء في تعبدي يجوز ان يكون للنسبة ويجوز ان يكون للمبالغة كما في
احمري ويجوز ان يكون معناه امر تعبدي لان القياس يقتضي وجوب غسل كل الاعضاء كما
في المني بل بطريق الاولى لان الغائط انجس من المني للاختلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار
على الاعضاء الاربعة امر تعبدي ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل خرجه الدار
قطني وجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله في خمس من الابل
شاة ولا خلاف في فرضيته وقوله عليه السلام الماء من الماء ولا خلاف في وجوب الغسل بسبب خروج
المني وكان معناه توضؤا من كل دم سال عن البدن وانما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة
على الوجوب كانه امر فامتثل امره فاخبر عن ذلك وهو اية كونه واجبا فان الخبر اذا كان ممن لا يكذب
في كلام يعبر به عن مطلوبه بلفظ الخبر تاكيدا للطلب لان في تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف
في موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز ان يكون المراد به الوضوء اللغوي قلنا ذاك مجاز شرعي
ولا تترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف
في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه ابن ابي مليكة عن عائشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره البزازي في شرح الطحاوي يقال رعف اذا سال رعافه قال المطرزي
وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك به من اوجه احدها الامر بالانصراف وهو ابطال العمل المنهي
عنه المفضي الى التناقض المستحيل على الشرع فان قيل جاز ان يكون الامر بالانصراف لازالة نجاسة
اصابت ثوبه او بدنه من الرعاف اجيب بان الامر بالبناء يأباه فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق
والثاني الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء اللغوي مدفوعة بما تقدم في الحديث
الاول لا يقال وقع الشرع ذلك اذ غسل فمه بعد القيء فقيل الا تتوضا وضوءك للصلاة فقال
عليه السلام هكذا الوضوء من القيء لان ذلك بقرينة فانه عليه السلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول
السائل الا تتوضا وضوءك للصلاة والثالث انه امر بالبناء وادناه الاباحة ولا اباحة للبناء
بعد العمل الكثير الا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق لا يقال البناء المعطوف على الانصراف
غير واجب بالاتفاق فكذا الانصراف والتوضؤ لتناسب احكام المعطوفات لان القران في النظم لا
يوجب القران في الحكم الا ترى الى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة

والثاني

والثاني للوجوب واذا جاز ذلك فعكسه اولى لانه اتباع الضعيف للمقوى قوله ولان خروج
النجاسة اثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس والمصنف ظهر عنه بايجاز
عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس
فلا علينا ان نذكر ذلك اجمالا فنقول القياس ابانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الاخر
فالمذكور الاول هو الاصل والثاني هو الفرع وشروطه ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص اخر
كشهادة خزيمة وان لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصوم مع الاكل ناسيا وان يتعدى
الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه واما معرفة تفاصيل ذلك
وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه اصول الفقه اذا عرف على معنى معقول وهو ان
خروج النجاسة اثر في زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة
وعن سائر البدن باعتبار ان الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزي وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار
على الاعضاء الاربعة واما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين وذلك لان علماءنا اعتبروا
فاستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن الانسان من
قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط الاية وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور اثره في جنس
الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك في
الخارج من غير السبيلين فعدوا الحكم الاول اليه وتعدى الحكم الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء
الاربعة ايضا ضرورة تعدي الاول لانه لو لم يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد
القياس فان قيل التغير واقع لان مجرد الخروج موثر في الاصل واعتبرتم في الفرع السيلان
الى موضع يلحقه حكم التطهير اجاب المصنف بقوله غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى
موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء فان قيل قد ذكرتم ان من شروط القياس ان لا يكون
الاصل مخصوصا بحكمه بنص اخر ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روي انه صلى الله عليه وسلم
قاء فلم يتوضا فانه يدل على ان قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو نقض
الطهارة فالجواب ان ذلك محمول على القليل كما ذكر في الكتاب ويجاب عما قيل ومن شرطه
ان لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد رويتم فيه حديثا بان ذلك الشرط متفق عليه فجاز ان
يكون اختيار المصنف خلافه وللقائل ان يقول قد ذكرتم ان الاصل اشتمل على معنى معقول
ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغيير المفسد للتعدية
المعقول فهلا تركتم تعدية غير المعقول وجعلتم المعقول تبعا له في ذلك والجواب من وجهين
احدهما ان الاول معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتبار الشرع حدثا والثاني مشروع فقط فجعله
تابعا للاول اولى من عكسه لحاله والثاني ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند
تكرره وفي غسل جميع البدن كلما وجد خروج حرج فاقتصر على الاعضاء الاربعة تيسيرا علينا
فكان الثاني من ضرورات الاول وكان تابعا له وحد ملء الفم ما ذكر في الكتاب وهو رواية الحسن
بن زياد وقيل ان منع من الكلام فهو ملؤه والا فلا وفرق بين ملء الفم وغيره لان الفم

تجاذبه فيه دليلان احدهما يقتضي كونه ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة وحكما اما الحقيقة
فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه يبطن واما الحكم فلان الصايم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه
كما اذا سال الماء على ظاهر جلده وكان ظاهرا واذا بلع ريقه لا يفسد صومه ايضا كما اذا انتقل من
زاوية من بطنه الى اخرى وكان باطنا فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا
حيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا واذا قل لا ينقض فيصير تبعا للريق والى هذا اشار
بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا فان قيل عرف المصنف ملء الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل
عليها فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملء الفم ان يكون بحال الى آخره بل هو دليل نقضه
وعدمه ملء الفم في القيء قال رحمه الله وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء قال زفر لما كان الخارج
من غير السبيلين حدثا بما دل عليه من الدليل وجب ان يستوي فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين
وهو قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض
آبايه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ووجه الاستدلال
ما ذكر عن الخليل انه قال القلس ما خرج من الفم ملء الفم او دونه وانما قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال
بالحديث لان الخصم مقر بصحة القياس لا نزاع له فيها وكان ادخل في الالزام ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سايلا اي ليس في القطرة والقطرتين بالقوة من
الدم وضوء لكن اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه لا وضوء في الدم القليل لكن في الكثير وضوء
وهو السايل فالاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان والمجاز وهو القليل
لا يتناول السايل فلا يكون متصلا فان قيل لا نسلم ان الحقيقة ليست بمرادة لجواز ان يكون المراد منه
قطر الدم من راس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالجواب ان هذا المنع لا يضرنا
لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر قوله وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث
جملة او دسعة اي دفعة من القيء تملأ الفم والظاهر انه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم فيصير
قوله كقوله صلى الله عليه وسلم وقوله واذا تعارضت الاخبار يعني ان الاصل في الدليلين المتعارضين
ان يعمل بهما ما امكن والا فيرجح احدهما ان امكن فان لم يمكن يتهاتران فيصار الى القياس وان تعارض
القياسان يعمل المجتهد بايهما شاء وفي مسئلتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي من قوله عليه السلام
قاء فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه الشافعي على القليل
وما رواه زفر على الكثير وذلك لان القيء ملء الفم من كثرة الاكل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان بعيدا عن
ذلك بمعزل قوله والفرق بين المسلكين اي الخارج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتباره غير المعتاد
بالمعتاد وقد بيناه عند قوله غير ان الخارج الى آخره فلا نعيده ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم
فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس لان له اثرا في جمع المتفرقات ولهذا تتحد الاقوال المتفرقة في النكاح
والبيع وساير العقود باتحاد المجلس وكذلك التلاوة المتعددة لآية السجدة تتحد باتحاد المجلس وعند
محمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب في الصحة والفساد
فيتحد باتحاده الا يرى انه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء تختلف

وتفسير

وتفسير الاتحاد في الغثيان ان يقيء ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء
فهو حدث جديد ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو مروي عن ابن عمر ذكره
في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اختاره المصنف واحترز بقوله هو
الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وفايدة الخلاف تظهر فيما
اذا اخذ بقطنة فالقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقول ابي يوسف ارفق خصوصا
في حق اصحاب القروح ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض
به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس من بدن الانسان الحي يستلزم كونه حدثا فاذا لم يكن حدثا
فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين احدهما ان الضمير
في قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم ينتقض به الطهارة ليس بحدث فكان معنى كلامه
لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب مرتين والثاني انه
لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز ان يكون لكونه غير خارج
لا لكونه غير نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز ان يكون
انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر والجواب عن الاول ان تقرير كلامه هكذا
ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما وقوله حكما اشارة الى ان النجس هو
ما حكم الشرع بنجاسته والشرع لم يحكم بنجاسته لان حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث
كما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله
فان من صلى وهو حامل نخلة او بيضة حال محها دما جازت صلاته فكان انتفاء الخروج مستلزما
لانتفاء النجاسة ونوقض بدم المستحاضة والجرح السايل فانه ليس بحدث وهو نجس واجيب
بانا لا نسلم انه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت وقوله وهذا اي الذي ذكرنا
من انتقاض الطهارة بملء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه طعام
فاما ان نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع
النجاسة وكذا الثاني عندهما خلافا لابي يوسف له انه نجس مجاورة ما في المعدة من النجاسة وقد
خرج الى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا تتخلله
النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض فان قيل ينتقض ببلغم يقع في النجاسة
ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسئلة ولئن سلم فالفرق بينهما ان البلغم
ما دام في الباطن تزداد ثخانته فيزداد لزوجة فاذا انفصل عن الباطن تقل ثخانته فيقل لزوجته
فاذا قل لزوجته ازداد رقته فجاز ان يقبل النجاسة ولم يذكرهما اذا اختلط البلغم بالطعام
قالوا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم والاخلاط ولو قاء دما فاما ان يكون منجمدا
وهو العلق او مايعا فان كان الاول يعتبر فيه ملء الفم لانها سوداء محترقة وهي تخرج من المعدة
والخارج منها حدث اذا كان ملء الفم وان كان الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواع القيء
وهي حصة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء وعندهما اذا سال بقوة نفسه نقض وان

قيل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهر فيعتبر بالخارج من القرحة
الظاهرة والمعتبر هناك السيلان فكذلك هاهنا ذكر في مبسوط شيخ الاسلام ان قول ابي يوسف في هذه
المسئلة مضطرب فمنهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله مع ابي حنيفة واختاره المصنف وقوله ولو نزل
الدم الى ما لان من الانف يعني المارن فان قيل حكم هذه المسئلة قد علم من قوله في اول الفصل
والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا اجيب
بانه ذكره هاهنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما من ذلك اذا وصل الدم الى قصبة الانف وانما ذكره هاهنا
بيانا لاتفاق اصحابنا لان عند زفر لا ينقض بوصوله الى قصبة الانف وانما ينقض اذا وصل الى ما لان
واليه اشار بقوله بالاتفاق وقوله لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق لعدم الظهور
قبل ذلك عند زفر قال رحمه الله والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بالخارج
من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما والنوم مضطجعا وهو ان يضع النائم جنبه
على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يخلو عن خروج شيء
عادة والثابت عادة كالمتيقن به الا يرى ان من دخل المستراح ثم شك في وضوئه فانه يحكم
بنقض وضوئه لان العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالنقض بخلاف ما اذا شك بدون الدخول
وكذلك النوم متكئا اي على احد وركيه والاتكاء افتعال من وكا معتل الفاء مهموز اللام معناه
لا تستعمل الا بدل التاء في اتكا من الواو اذ الاصل اوتكا فان التاء تبدل من الواو في افتعل وغيره
لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي يكون لليقظان وكذلك الاستناد الى شيء كجدار
او حائط بحيث اذا ازيل سقط وهو ليس من اصل رواية المبسوط وانما هو مما اختاره الطحاوي لان
الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط والمروي
عن ابي حنيفة انه لا ينتقض وضوءه على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شيء منه
قوله بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة يعني اذا كان على هيئة سجود الصلاة
من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان بخلافه فينتقض وقوله وغيرها
هو الصحيح احتراز عما ذكر ابن شجاع انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال اذا كان في الصلاة فاما اذا
كان خارج الصلاة فهو حدث والذي صححه هو ظاهر الرواية لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال
لسقط فلم يتم الاسترخاء واذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا لخروج شيء عادة فلا يقام
مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب اما اذا لم يغلب فلا
لانه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك والاصل
فيه اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما
او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله
رواه الترمذي مسندا الى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل هذا الحديث غير صحيح
لان مداره على ابي العالية وهو ضعيف عند النقلة روي عن ابن سيرين انه قال حدث عمن شئت
الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ اي لا يبالي ان يروي عن كل احد اجيب بان ابا العالية ثقة تحمل

عنه

عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي وكونه لا يبالي عمن اخذ حديثه فوجد اسيله زوة
مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس ووجه التمسك بهذا الحديث من اوجه الاول
نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني اثباته على من نام مضطجعا مؤكدا بما افاده قيل انما للحصر
ولا حصر هاهنا لان الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا بل هو واجب على المستند والمتكئ كما مر
واجيب بانا لا نسلم انه للحصر بل هو لتاكيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته افادة الحصر في
المضطجع والمتكئ والمستند ملحق به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام
استرخت مفاصله فانه يدل على عدم الوجوب على من نام قائما او راكعا او ساجدا لعدم الاسترخاء
وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قيل ومعنى قوله استرخت مفاصله
بلغ الاسترخاء غايته لان اصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائما فحينئذ يتناقض اول الحديث
وآخره وربما يشير اليه هذا قوله من قبل لان بعض الاستمساك باق وقوله فلم يتم الاسترخاء
قال رحمه الله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون الجنون مرفوع عطفا على قوله
والغلبة والجر خطأ لان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء
على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون
الدماغ من بلغم غليظ وقوله لانه اي لان كل واحد من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا
في الاسترخاء لان النائم ينتبه بالتنبيه دونهما والاغماء حدث في الاحوال كلها يعني حالة القيام
والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المقعد عن
الارض ووجود اصل الاسترخاء ولكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله صلى الله عليه وسلم
لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم
من ان لا يكون ادنى الغفلة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا والسكر اذا حصل به في المشية
تمايل كالاغماء قيل ولم يعلل المصنف للجنون ومن المشايخ من علله بغلبة الاسترخاء ورد
بان المجنون قد يكون اقوى من الصحيح والاولى ان يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتمييزه
الحدث من غيره قوله والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود احترازا عن صلاة الجنازة
وكلامه واضح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم الحديث رواه ابو حنيفة عن منصور بن
زاذان عن الحسن بن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي
وفي بصره سوء اي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلاته قال الا من
ضحك منكم الحديث ورواه اسامة بن زيد عن ابيه ورواه ابو العالية ووصله مسندا الى ابي
موسى الاشعري وبمثله اي بمثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون وكان راويه معروفا
بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي موسى رضي الله عنه يترك القياس قيل التعلق به لا يصح لانه
لم يكن في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ركية فكان موضوعا واجيب بانه ليس في خبر الجهني
انه كان يصلي في المسجد فيجوز ان يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية وراوي المسجد كابي
موسى واسامة ثقة وهو مثبت فهو اولى قيل الصحيح من وجه آخر وهو انه لا يتوهم على اصحاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم الضحك في الصلاة قهقهة والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب
بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن
بهم رضي الله عنهم والا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغاير بمعصومين ولا عن الكباير على
تقدير كونه كبيرة قوله والاثر ورد في صلاة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى صلاة
الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة الباني بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلاة
النايم فان الوضوء لا يفسد في جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو الاصح ولم يذكر
التبسم لانه ليس بمفسد للصلاة ولا للوضوء فليس له ههنا مدخل قال جابر بن عبد الله رضي الله
عنه ما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا التبسم ولو في الصلاة **قال** رحمه الله والدابة تخرج
من الدبر تنقض الوضوء الدودة التي تنشا في البطن اذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء والتي
تنشا في الجرح اذا خرجت منه او لحم سقط منه لم ينقض لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو
غسلت جازت الصلاة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك قليل وهو حدث من السبيلين دون
غيرهما فاشبه الخارج من الجرح الجشاء في عدم النقض والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء
به قيل انما فسر الدابة بالدودة لان الدابة ما يدب على الارض وربما يتوهم ان المراد بها ما يدخل
الجرح كالذباب فيخرج منه فانه لا ينقض ففسره بيانا لذلك وقيل قد تقدم في كلام المصنف انها
لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال ههنا لان النجس ما عليها وذلك تناقض واجيب بانه ما تقدم
كان على قول ابي يوسف ويجوز ان يكون هذا على قول محمد واطلق النجس بطريق الفرض يعني لو كان ثم
نجس فهو ما عليها وهذا ليس بصحيح لان تقدير الشرطية ان كان على هذا الوجه لكن ثم نجس فيكون
عليها لم يستقم في الجرح لان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا
وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقم في الدبر لانه نجس وحدث
والاول صواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة فانه لما كان بالنسبة
الى الدبر نجسا ذكره في الجرح بلفظ النجس قوله بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة متصل بالفسا يعني
انه ناقض بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى
لو كانت مفضاة وهي التي صار سبيلاها واحدا يستحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فسا
فان عين الريح نجس ولم يتنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما لو خرج منه الريح وعليه
سراويل مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال بتنجس السراويل ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما
لو مرت الريح بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فانه لا يتنجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا ينبغي
ان يكون الوضوء واجبا واجيب بان كونها متوضئة ثابت بيقين واليقين لا يزول بالمحتمل كما لو شك
في الحدث وقال ابو حفص الكبير يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد وقيل ان كانت منتنة
يجب والا فلا وقوله نفطة قشرت في نونها الحركات الثلاث وهي بثر يخرج باليد ملأه ما من
قولهم انتفط فلان اي امتلأ غضبا فاذا قشرت فاما ان يسيل الماء عن راس الجرح اولا وسماه جرحا
لان قشرها خرج لها فان كان الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما اعاد هذه المسالة وان كانت

تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج او ليعلم ان حكم الماء غيره لان الماء لم يذكر
من قبل فربما كان يتوهم ان الماء ليس كغيره وهذه الجملة يعني قوله ماء او صديدا او غيرهما وقوله
هذا اي الذي ذكرنا انه اذا سال نقض انما هو اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره
ولولم يعصرها لم يخرج لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهذا مختار بعض المشايخ اختاره
المصنف وقال غيرهم نقض قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم الاخراج
ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان
يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به والله تعالى اعلم

فصل في الغسل

معنى الفصل في اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طايفة من المسايل الفقهية تغيرت احكامها
بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعده نونه والا فلا وانما ذكر
فصل الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر او لان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل
كله والجزء قبل الكل واقتداء بكتاب الله تعالى فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو
في قوله وفرض الغسل اما للاستيناف واما او المختص للعطف على قوله ففرض الوضوء والغسل
اسم من الاغتسال وهو غسل تمام الجسد قوله وغسل ساير البدن اي الباقي وقوله عليه السلام عشر
من الفطرة اي السنة قيل خمس منها في الراس وخمس في الجسد فالتي في الراس الفرق والسواك
والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتي في الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط
وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب يستوي فيه
الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذي هو الاجناب وقوله فاطهروا اي
اغسلوا ابدانكم على وجه المبالغة وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما تعذر ايصال الماء اليه خارج
من الارادة كداخل العينين لان في غسلهما من الضرر والاذى ولهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة
بان كحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن
النجاسة الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة قوله بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعي الغسل
بالوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما اي محل المضمضة والاستنشاق
معدومة وقوله والمراد بما روي جواب عن حديث الشافعي بحمله على الوضوء بدليل ما روي ابن
عباس وجابر انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء **قال** رحمه الله وسنته ان يبدأ
المغتسل سنن الغسل ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت
على بدنه قال في النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين الضرير انه اصح وفي بعض النسخ
النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما ان تكون للعهد او الجنس لا وجه للاول لان كلمة الشك
تاباه فان العهد يقتضي التقرر اما ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون النجاسات كلها في بدنه
محال واقلها وهو الجزء الاول الذي لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك في الكتاب بقوله كيلا تزداد
باصابة الماء وهذا القليل الذي ذكرناه لا يزداد عند اصابة الماء ثم قال الا ان الرواية بالالف واللام
قد ثبتت في النسخ فوجهها ان يحمل على تحسين النظم وقال بعض الشارحين انما تعين التنكير اذا

اعم اللام في التعريفين وليس كذلك لجواز ان يكون اللام لتعريف الماهية ولكن بشيء لان الماهية
من حيث هي لا توجد في الخارج فاما ان توجد في الاقل او غيره وذلك فاسد كما مر وقوله ثم يتوضاء
وضوءه للصلاة الا رجليه احتراز عما روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الجنب يتوضاء
ولا يمسح رأسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك يعدم معنى المسح بخلاف
سائر الاعضاء لان التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك
دفعا لما يتوهم ان المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين فانه قد يسمى وضوءا وقوله ويبداء
بازالة النجاسة تكرار واعادة لبيان التعليل والظاهر انه اراد بها النجاسة المعهودة في
ذلك الحال وهو المني الرطب فان ميمونة قالت توضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة
غير رجليه وغسل فرجه وما اصابه من الاذى وقوله وليس على المراة ههنا ان تنقض الضفائر
وبلها اما نقضها فليس بواجب اذا بلغ الماء اصول الشعر بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة
حين قالت يا رسول الله اني امراة اشد ضفر راسي أفأنقضها اذا اغتسلت اما يكفيك اذا بلغ
الماء اصول شعرك لا يقال خبر واحد فلا يجوز به الزيادة على قوله تعالى فاطهروا لان الشعر
ليس من كل وجه ببدنها والامر بالتطهير له او لان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين واما
بلها فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج وقوله في الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة انها
تبل ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة ليبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لا حرج في
ايصال الماء الى اثنائها وفي تخصيص المراة اشارة الى ان حكم الرجل بخلافه فيها قال في المبسوط الرجل
اذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر ظاهر الحديث
يدل على انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب قال رحمه الله والمعاني الموجبة
للغسل اي العلل الموجبة واختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء قال في النهاية هذه معان موجبة
للجنابة لا للغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر في مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال
ارادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ ورد بان الغسل يجب اذا وجد احد المعاني
المذكورة سواء وجدت الارادة او لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابة واورد عليه الحيض
والنفاس ولو زيد او ما في معناهما لاندفع وعلى هذا تكون المعاني الموجبة علة العلة قوله انزال المني
على وجه الدفق والشهوة حمل هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابي يوسف لاشتراطه الدفق
والشهوة حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب
الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق ورد بانه مستقيم على قولهم
فان خروج المني على هذا الوجه يوجب الغسل بالاتفاق واما انه يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه
عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه ولم يحصره على الاول وهذا جيد لكن
كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها وربما يتنبه قوله ثم المعتبر عند
ابي حنيفة ومحمد الى آخره بعض بيانه وقال الشافعي خروج المني كيف ما كان يعني سواء كان بشهوة
او حمل ثقيل او سقطة من مكان مرتفع او غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء

اى الغسل

اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير تناول الجنب لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب
في اللغة من خرج منه المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المراة فالامر بالتطهير
تناول من خرج منه المني على وجه الشهوة وغيره ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به وقوله
من المراة قيل انما ذكره ليخرج قضاء شهوة البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل ذكره اتفاقا لكونه
على المحتلم وقيل الجنابة في اللغة موضوعة لذلك والمحتلم وجب عليه الغسل بحديث ام سليم في بعض
الفاظها انها لما سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن المراة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه السلام
اتجد لذلك لذة قالت نعم قال عليه السلام فلتغتسل والحديث يعني قوله الماء من الماء محمول على خروج المني
عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الماء يتناول المذي والودي وليس فيهما غسل بالاجماع
فيراد به الخصوص ويحمل على حالة الشهوة لحديث ام سليم وقوله ثم المعتبر ظاهر وثمرته تظهر فيمن
مسك ذكره بعد الانفصال بشهوة عن مكانه حتى سكن الشهوة ثم ترك حتى خرج المني من احليله
بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافا لهما هو قاس الخروج بالمزايلة بجامع تعلق الغسل بهما
انه متى وجب من وجه معناه انا ذكرنا ان للشهوة مدخلا في وجوب الغسل وقد وجدت
في حالة وهو الانفصال دون الاخرى وهو الخروج فبالنظر الى الاول يجب وبالنظر الى الثاني
لا يجب والباب باب العبادة فتجب احتياطا وقد وقع في النهاية في بيان ذلك ان الخروج
على وجه الشهوة قد وجد والظاهر انه سهو لانه لو كان كذلك لما تنوع النزاع فان قيل دار
الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج الريح من المفضاة اجيب بان جهة الوجوب
ههنا راجحة لان الموجب اصل اذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج بالشهوة
يجعل المزايلة من العوارض النادرة فلا معتبر به وقيل قوله قياس وقولهما استحسان والخائف
من الريبة ياخذ بقول ابي يوسف قوله والتقاء الختانين الختان موضع القطع من الذكر والانثى
ومن عادتهم اختان الانثى وقوله من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل فانه لو انزل وجب بالاجماع
وانما ذكره نفيا لقول الانصار فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال واستدلوا بظاهر
قوله عليه السلام الماء من الماء ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة
وجب الغسل انزل او لم ينزل وهذا معتبر في هذا المعنى لا يقبل التاويل ولا منافاة بين الحديثين
فنعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابة تثبت بانفصال المني عن شهوة بقوله الماء من الماء لما ذكرنا
من تاويله وبالايلاج في الادمي بقوله اذا التقى الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في
التقرير بتاييد الله تعالى وفي قوله وتوارت الحشفة اشارة الى ان مجرد التلاقي لا يوجب
ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد والحشفة ما فوق الختان من راس الذكر وقوله ولانه سبب
الانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب ظاهر يقام السبب الظاهر مقام
ذلك الامر الخفي ويترتب عليه الحكم وههنا التقاء الختانين سبب للانزال ونفس الانزال الذي
ترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل وقد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام
الانزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب عليها القصر فالسفر والالتقاء مجاز للايلاج ولانه

سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من الدبر
على قضاء الشهوة من القبل لما يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم
الى ان محاذاة الامرد في الصلوة تفسد صلاة غيره كالمراة ويجب على المفعول به احتياطا اما
عند ابي يوسف ومحمد فانهما يوجبان فيه الحد الذي الاحتياط في تركه فلان يوجبا الغسل الذي
الاحتياط في وجوبه لان تركه اولى واما عند ابي حنيفة فلانه يحتاط في الحد فيتركه ويحتاط في
الغسل فيوجبه والاحتياط في كل باب بما يناسبه وقوله بخلاف البهيمة وما دون الفرج متصل
بقوله فيقام مقامه اي يقام سببا لانه لكماله في السببية في الادمي بخلاف البهيمة فانه لا
يجب فيها الغسل لمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الفرج وهو التفخيذ والتبطين فانه
لا يجب فيه الغسل ايضا لنقصان السببية اذا لم ينزل قال رحمه الله وللحيض لقوله
تعالى حتى يطهرن اختلف الشارحون في تفسير كلامه فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب
الغسل لانه في معنى الجنابة من حيث المنع عن الصلاة والقراءة ودخول المسجد ومنهم من حمله على
ان معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لانه لا يجب الا عند انقطاعه وقال لانه يلازمه ومنهم
من حمله على ان معناه ان الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل والخروج
عن الحيض يستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة وعزي هذا الى الامام حميد الدين الضرير
وفي الكل نظر اما في الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان النجس لا يصلح ان يكون سببا
للمعنى واما الثاني فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب الاطهار ولا ملازمة بينهما لوجود الحيض
قبل الانقطاع ووجود الانقطاع بعده فكان احدهما منفكا عن الاخر فلا ملازمة بينهما على ان
قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفيد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن
انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز ان يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص
يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان يوجب تطهير جميع البدن واكتفي بالاعضاء
الاربعة فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فبقي على الاصل كخروج المني فيكون
مجازا بالحذف من باب واسأل القرية اذ لا يلتبس ان نفس الدم لا يوجب شيئا ووجه التمسك بقوله
تعالى حتى يطهرن بالتشديد على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى القربان فلانه تعالى غيا حرمة
القربان الذي كان حلالا الى الاغتسال فينبغي ان تنتهي الحرمة به ويكون ما دونه به والا كانت حرمة
مؤبدة وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله وبقوله فأتوا حرثكم
انى شئتم واما بالنسبة الى الصلاة فلان الاغتسال لما كان شرطا لحل القربان بهذه الاية مع ان
الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور فلان يشترط
الاغتسال لحل الصلاة والحال انها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائما اولى
واما النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بالاجماع قوله وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان للغسل
المسنون يعني القدوري على السنة يعني في هذه الاربعة وقد قيل هذه الاربعة مستحبة بدليل
على ذلك لتسمية محمد الغسل يوم الجمعة في الاصل حسنا وهو اقوام حيث ذهب الى وجوبه مالك

رحمه الله لقوله عليه السلام من اتى منكم الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر رضي ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل رواه سمرة ابن جندب وقوله
فبها ونعمت اي بالسنة اخذ ونعمت الخصلة هذه اي الاخذ بالسنة وبهذا الحديث
يحمل ما رواه مالك على الاستحباب توفيقا بينهما او على النسخ بدليل ما روي عن عائشة وابن عباس
رضي الله عنهم انهما قالا كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد
قريب السمك وكان يتاذى بعضهم برائحة بعض فامروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير
الصوف وتركوا العمل بايديهم وقوله هو الصحيح احترازا عن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعة
لليوم اظهارا لفضيلته قال عليه السلام سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة فضيلتها
انها تؤدى بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وسيادة اليوم باعتبارها وفرع هذه الصلاة
ثبت وفائدة الاختلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم احدث فتوضأ وصلى الجمعة فانه
ليس بمقيم للسنة عند ابي يوسف خلافا للحسن ووقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع
الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي
بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي
غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه ابو داود باسناد
صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضوء اجيب
بانهما يشابهان المني فذكرهما في فصل الغسل والاوجه ان يقال انما ذكره ههنا لان احدهم
يقول بوجوب الغسل في رواية فذكرهما ههنا نفيا لما يقوله فان قيل اذا كان حكمه الوضوء كان
ذكره مستغنى عنه بالكلية لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين اجيب بانه ذكره للتاكيد
وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك فانه لا يقول بوجوب الوضوء بهما فان قيل نقض الوضوء
بالودي غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه انما يخرج على اثر البول وقد وجب
الوضوء بالبول فلا يجب بالودي بعده اجيب باجوبة منها انه اذا بال فتوضأ ثم اودى
فانه يجب عليه الوضوء ومنها ان من به سلس البول اذا توضأ للبول ثم ودى حال بقاء الوقت
ينتقض طهارته ومنها ان الوضوء يجب في الودي لو تصور الانتقاض به وفيه ضعف والتفسير
بما نقل عن عائشة رضي الله عنها وانما ارادها مني الرجل خاصة لان مني المراة ليس خاثرا ولا ابيض
وانما هو رقيق اصفر كما في الحديث وليس بكهيئة الذكر والتعريف الجامع لمني الرجل والمراة
ان يقال ما دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المراة والله سبحانه اعلم

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

ومعنى الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية تشتمل
عليها كتاب ولقبت بباب كذا لما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة وهو الماء
المطلق الطهارة من الاحداث غليظا كان الحدث او خفيفا جائزة بماء السماء والاودية والعيون
والابار وماء البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء
الحديث ووجه التمسك ان الله تعالى ذكر الماء في الاية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات

ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولان قاله الاية تدل على ان الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى قال الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء ماء فسالت اودية بقدرها وسيأتي الكلام على الحديث وذكر الاصناف ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث ايضا تحصل بهذه المياه لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك قوله ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق لانه عند اطلاق الماء لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا في بيت انسان ماء بئر او بحر او عين وما اعتصر من شجر او ثمر فقال لخادمه ما لا يسبق الى ذهن المخاطب الا الاول ولا نعني بالمطلق والمقيد الا هذا والحكم وهو الطهارة عند فقده اي فقد الماء المطلق منقول الى التيمم قال الله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وقوله والوظيفة الخ جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر والثمر وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق ووجهه ان الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقية فانها معقولة المعنى لوجودها حسا فجاز فيها الالحاق على قول ابي حنيفة وابي يوسف وللقائل ان يقول هب انه لا يمكن التعدية بطريق القياس فليلحق بالدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط فيها والجواب ان سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لان الماء مبذول عادة لا يبالي بخبثه وسائر المائعات ليس كذلك فان قلت فكيف الحقته به في النجاسة الحقيقية قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعنى فانه من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معنى الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة والماء والمائع في ذلك سيان وكون الماء مبذولا لا مدخل له في ذلك فان قلت انهما سيان في ازالة النجاسة الحقيقية او مطلقا والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع وقوله وفي الكتاب يعني مختصر القدوري وقوله فاخرجه عن طبع الماء كالتفسير لقوله غلب عليه غيره وقوله كالاشربة الخ ان اراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الرمان والحماض والخل الخالص كانا من نظير المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء الباقلاء والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره وكان فيه صنعة اللف والنشر وان اراد بالاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوط به ومن الخل الخل المخلوط بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره والباقلاء اذا شدد اللام فهو مقصور واذا خففت فممدود وماء الزردج ما يخرج من العصفر المنقوع وقوله ما تغير بالطبخ قيل المراد بالتغير الثخونة فانه يصير مرقا وقوله فتغير احد اوصافه التي هي اللون والطعم والريح اشارة الى انه اذا غير الوصفين لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول من الاساتذة انه يجوز حتى ان اوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فتغير ماؤها من حيث اللون والطعم والرائحة ثم انهم يتوضأون منها من غير نكير وكذا اشار في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا لا يجوز فان قيل قد تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير احد الاوصاف اجيب بان معنى قوله عليه السلام لا ينجسه شيء لا ينجسه شيء

نجس وكلامنا في المخلط الطاهر وقوله اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق اي في عدم جواز التوضي بهما والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وسنذكر حكمه وقوله هو الصحيح لانه خالطه طاهر فغير احد اوصافه كماء الزعفران واعلم ان ما ذكر في المختصر ان كان على اطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف خلاف وان كان المراد به ما اذا كان الماء مغلوبا باجزاء الزردج فلا خلاف بينهما والامام الناطفي والامام السرخسي اختار المروي عن ابي يوسف وقوله وقال الشافعي فهو طاهر وقوله واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا من المضاف اليه بالعلاج كانت الاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البئر والعين من هذا القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم فبقي الاعتبار للخلط ويعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت اجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به وان كانت اجزاء المخلوط غالبة بان صار ثخينا زال عنه رقته الاصلية لم يجز وقوله هو الصحيح نفي لقول محمد فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المختلط بالماء اما ان يكون لونه كلون الماء اولا فان كان الثاني كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لونه لون الماء جاز الوضوء به وان غلب لم يجز وان كان الاول كالبطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الاجزاء وان كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة حقيقة اذ وجود الشيء المركب باجزائه وكان اعتبارها اولى وقوله بعد ما خلط به غيره انما قيده به لان الماء اذا طبخ وحده ويغير به جاز الوضوء وقوله اذا طبخ فيه استثناء من قوله لا يجوز التوضي به وانما جاز بذلك لان السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به اراد بالماء ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم الذي لذكره ذلك بعد هذا وثمة وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة او كثيرا وفي بعضها قليلا كان او كثيرا وهو لفظ المختصر الاولى ان يقال شبه فعيلا بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول في حذف علامة التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا يتنجس الماء عنده اذا لم يتغير احد اوصافه وقوله كثيرا مستدرك لان تقليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير اولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به والقليل هو ما يكفي الوضوء والغسل كذا قيل وقوله قليلا احتراز عن قول مالك وقوله كثيرا احتراز عن قول الشافعي فانه يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث وان في الكثير يجوز اذا كان الماء قلتين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطرب اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل القلتان ثمانمائة من تقريبا لا تحديدا وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان وشيء ولنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم

من منامه فلا يغمسنّ يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا و وجه التمسك به انه لما ورد النهي عن الغمس لاجل
احتمال النجاسة فبحقيقة النجاسة اولى ان يكون نجسا وقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولنّ احدكم في الماء
الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه نهى عن
الاغتسال وانه لا يغير احد الاوصاف بيقين واما على الشافعي فلانه نهى عن البول في الماء الدائم مطلقا و
النهي يقتضي التحريم لاسيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كان كسكب الماء فيه فانه ليس بحرام ولم يفصل
بين دائم ودائم فكان القلتان وغيرهما سواء ولا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده
بالدائم ينافيه فان الماء الجاري يشاركه في ذلك المعنى فان البول كما انه ليس بادب في الماء الدائم فكذلك
في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة وكلام الشارع مصون عن ذلك فان قيل الاستدلال باطلاق
الحديث حجة عليكم لان الغدير العظيم ما دائم فيدخل تحت اطلاقه اجيب بانه في حكم الجاري في عدم اختلاط
بعضه ببعض قوله والذي رواه مالك جواب عن حديث مالك بانه ورد في بئر بضاعة وهي بكسر الباء
وضمها بئر قديمة بالمدينة يلقى فيها الجيف ومحايض النساء فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
حين توضأ منها فقال الماء طهور الحديث وقد كان ماؤها جاريا في البساتين يسقى منه خمس
بساتين والماء الجاري لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه عندنا فان قيل العبرة لعموم اللفظ دون
خصوص السبب فكيف اختص ببئر بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو الالف واللام
اجيب بانه ليس من باب الخصوص في شيء وانما هو من باب الحمل للتوفيق فان الحديثين اذا تعارضا
وجهل تاريخهما جعلا كانهما وردا معا ثم بعد ذلك ان امكن العمل بهما يحمل كل منهما على محمل والا فلم
يمكن يطلب الترجيح وان لم يمكن بينهما تركا وههنا امكن العمل بان يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة
وحديث المستيقظ وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم الحديث على غيرها فعملنا كذلك دفعا للتناقض
فان قيل استدل المصنف في اول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله ههنا
على بئر بضاعة فان كان اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كان للعهد
صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال
صحيح والحمل ليس بباطل لان الحديث مشتمل على قضيتين احداهما الماء طهور والثانية لا ينجسه
شيء والاستدلال بالاولى لانها تفيد المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية ورد بان
الضمير في لا ينجسه راجع الى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على معنيين واجاب
بان اللفظ اذا احتمل معنيين واريد به احدهما ثم اريد بضميره الآخر جاز ويسمى ذلك استخداما كما في
قول الشاعر اذا نزل السماء بارض قوم ❊ رعيناه وان كانوا غضابا ❊ وهو كلام حسن من باب قوله صلى الله
عليه وسلم هو الطهور ماؤه والحل ميتته فيكون جوابا زائدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في
دفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شيء الا انه زاد على قوله الماء طهور
ويكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شانها التطهير وماء بئر بضاعة لا ينجسه شيء الا ما غير لونه
الى آخره لكونه جاريا ولا يلزم ان يكون الماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل
على نجاسته وهو حديث المستيقظ وقوله ولا يبولن احدكم الحديث وقوله وما رواه الشافعي بسنده

حديث

حديث القلتين ضعفه ابو داود معناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لان في اسناده ضعفا
ضعفه ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني قال لحديث القلتين مما لا يثبت وهكذا
قال ابن المديني استاذ محمد بن اسمعيل البخاري وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني
ذكره ومثل هذا دون المرسل وفي متنه اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين
او ثلاثا وفي بعضها اربعين قلة هكذا رواه جابر واخذ به ابرهيم النخعي والقلة في نفسها مجهولة
لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها راس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين
بقلال هجر لا يثبت بقول جريج لان جريجا ممن لا يقلد فبقي محتملا وكذلك قوله لا يحمل خبثا يحتمل
ما قاله الشافعي اي لا يقبل النجاسة ويدفعها ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن
احتمال الخبث فيتنجس واذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحا قال رحمه الله والماء الجاري
اذا وقعت فيه نجاسة اختلف الناس في تعريف الماء الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله
وذلك بانه اذا اغتسل يده وسال الماء منها الى النهر فاذا اخذه ثانيا لا يكون فيه شيء من الماء الاول
وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه
قيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله اذا لم ير لها اثر اي
لم يبصر لها اثر اشارة الى ان النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع قال في المحيط اذا
وقعت النجاسة في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا يتنجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه
وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر كبيرا لا يتوضأ من اسفل الجانب الذي فيه الجيفة
ويتوضأ من جانب آخر وان كان صغيرا فان لاقاها اكثر الماء فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر
وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط ان لا يتوضأ قوله والغدير العظيم الغدير
فعيل بمعنى مفعول من غدره اي تركه وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى مغاصل اي مغادر
وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا
على ان الماء اذا اختلط بعضه اي وصل الى بعض كان قليلا واذا لم يختلط كان كثيرا لا يتنجس بوقوع
النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب
المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الآخر فهو مما لا يخلص بعضه
ببعض والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث ولا يعتبر
بالحباب فان الماء وان كثر يعلوه ويتحرك ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن
ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان في جانب منه اغتسالا وسطا
ولم يتحرك الجانب الآخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك باليد
لا غير وروي عن محمد انه يعتبر التحريك بالتوضي وجه القول الاول ما ذكره في الكتاب ان الحاجة
الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضوء يكون في البيوت عادة ووجه
الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي ويفعل لهما الا ان التحريك بفعل اليد اخف فكان
الاعتبار به اولى توسعة على الناس ووجه الثالث ان مبنى الكلام في حكم النجاسة على الخفة فان

فان القياس ان يتنجس وان كثر الماء الا انه سقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك
الوسط وهو التحريك بالوضوء وذهب المتأخرون الى انه يعرف بشئ آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر
بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا
فلا وروي عن حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران في جانب منه فان اثر الزعفران في
الجانب الآخر كان مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة ان كان عشرا
في عشر فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسألة فقال ان كان مثل مسجدي هذا
فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في رواية وعشرا في عشر في رواية
وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة المشايخ ثم الفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل
الصحيح في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة وهي سبع مشتات فوق كل مشتة اصبع قائمة والمصنف
اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع مشتات ليس فوق كل مشتة اصبع قائمة توسعة للامر
على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وقوله هو الصحيح احتراز عن قول
بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقول آخرين ان يكون قدر شبر وقوله في الكتاب يعني مختصر
القدوري وقوله اشارة الى انه يتنجس موضع الوقوع لم يفرق بين كونها مرئية وغير مرئية وهو
المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارا وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئية يتوضأ من جانب
الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف انه لا يتنجس الا اذا ظهر اثرها فيه اي في موضع
الوقوع كالماء الجاري وعلى هذا اذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط غسالة وجهه في الماء
فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارا وبلخ
توسعة للناس لعموم البلوى به قال رحمه الله وموت ما ليس له نفس سائلة اذا
مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها في الماء لم ينجسه وانما جمع
الزنابير دون غيرها لانها انواع شتى وقال الشافعي يفسد لانه حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة
والتحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة وقوله لا بطريق الكرامة احتراز عن الآدمي فان قيل دود الخل
وسوس الثمار اذا مات فيهما ميتة ولا يفسد الخل والثمار اجاب بقوله لان فيه ضرورة ولنا ما روى
ابو بكر الرازي باسناده الى سعيد بن المسيب عن سلمان انه صلى الله عليه وسلم قال فيه اي في مثل هذه
الحادثة فانه سئل عليه السلام عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال هو
الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل
المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم في هذه الاشياء اذ الفرض كذلك فلا تنجس ههنا فان قيل لا نسلم
ان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة وذبيحة
المسلم اذا لم يسل منها الدم بعارض بان اكلت ورق العناب حلال مع ان الدم لم يسل فالجواب ان
القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجها عن اهلية الذبح
بقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فجعل الشرع
ذبحه كلا ذبح وكما جعل ذلك كذلك جعل ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحة اذا سال اقامة

لاهلية

لاهلية الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة لاتيانه بما هو المامور به الا فلحقت قدرته
ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية وانما قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان
حيا لا ينجس ولهذا قلنا المصلي اذا استصحب فارة او عصفورة حية لم تفسد صلاته ولو كانت
نجسة لفسدت ولو ماتت حتف انفها فاستصحبها فسدت وهذا لان الدم الذي في الحي في معدنه
وبالموت ينصب عن مجاريه فيتنجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بحجر لم يسل
الدم وقوله والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي فان الطين حرام
لا للكرامة وليس بنجس قال رحمه الله وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كما يعيش
في الماء يعني ما يكون مولده ومثواه فيه اذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان قيل
انما قال في المسألة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لان الموت في المسألة الاولى في غير معدنه فيتوهم
التنجيس فناسب نفيه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة لكن احتمل تغيير
صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر يعني من قوله لان التحريم
لا بطريق الكرامة آية النجاسة قيل فهذا التعليل اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما
عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي والجواب ان المذكور في كتاب الذبائح وعن
الشافعي انه اطلق ذلك كله فيجوز ان تكون هذه رواية اخرى عنه فيكون الالزام عليها ولنا انه مات في
معدنه وهو ظاهر وكل ما مات في معدنه كان نجسا في معدنه وكل ما كان نجسا في معدنه لا يعطى حكم
النجاسة كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها دما حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز
الصلوة معها لان النجاسة في معدنها بخلاف ما اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم لا تجوز صلاته
لان النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل يقتضي ان لا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة
اذا ماتت في البر لانه معدنها والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فانهم
يمثلون بالدم في العروق والمح في البيضة واشباههما وليس البر كذلك وقوله ولانه لا دم
فيها اي في هذه الحيوانات اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس كما تقدم واذا ماتت في غير
الماء كالخل والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وهو قول نصير
بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن ابي يوسف وقيل لا يفسده وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لعدم الدم وهو الاصح لاطراده قيل في كل واحد من التعليلين
نظر اما في الاول فلان التعليل بالعدم على وجود الشئ لا يجوز واما في الثاني فلان انتفاء العلة
لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز ان يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل بل هو
بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة لا تعطى حكم النجاسة في معدنها وكان المعدن مانعا
عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم وههنا كذلك
لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غير والضفدع البري والبحري فيه سواء وانما يعرف البحري
من البري بان البحري ما يكون بين اصابعه سترة وقيل البري مفسد لوجود العلة وهو الدم
وانتفاء المانع وهو المعدن وقوله ما يعيش في الماء بيان ان المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده

ومثواه فيه كما ذكرناه في اول البحث وماء لمعاش دون ماء لمولد كالبط والاوز ونحوهما مفسد
قال رحمه الله والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الاحداث قدم الكلام في حكم الماء
المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله في طهارة الاحداث اشارة الى انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس
فيما روى محمد عن ابي حنيفة وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية بسائر المايعات يجوز عنده
قوله خلافا لمالك والشافعي فهي الماء المستعمل ثلثة اقوال اظهرها كقول محمد وفي قول طاهر
وطهور كقول مالك وفي اخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر غير طهور وان كان متوضئا فهو طاهر
وطهور وهو قول زفر وهما اي مالك والشافعي يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع
ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب ان المحكي عن ثعلب ورد عليه بان هذا ان كان لزيادة
بيان لنهاية في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به والا
فليس فعول من التفعيل في شيء واذا كان بيان النهاية فيها لا يستدل به على تطهير الغير فضلا عن
التكرار فيه وقول زفر لان الاعضاء طاهرة حقيقة معناه ان اعضاء الوضوء طاهرة حقيقة نجسة
حكما فالماء المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس والحكم عليه باحدهما ابطال
للاخر واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين
وقول محمد وهو انه طاهر غير طهور رواية عن ابي حنيفة وهو المختار للفتوى لعموم البلوى وقوله
لان ملاقاة الطاهر وهو الماء الطاهر وهو العضو المغسول لانه طاهر حقيقة لا يوجب التنجس
كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اذا اقيمت به قربة ولاقامتها تاثير في تغيير ما اقيمت به فتغيرت به
اي بالاستعمال صفة الماء كمال الصدقة الذي اقيم به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طيبا وقد صح ان
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بادروا الى وضوئه فمسحوا به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع
ابا طيبة الحجام عن شرب دمه ووجه الاستدلال لابي حنيفة وابي يوسف بقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن
احدكم في الماء الدائم الحديث انه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية
وهو الاغتسال فدل على ان الاغتسال فيه كالبول فيه وقوله ولانه ماء اي ولان الماء المستعمل ماء
ازيل به الاثر المانع من جواز الصلاة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياسا على ما ازيل به المانع الاخر منهم
وهو النجس الحقيقي ولقايل ان يقول المتوضي قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثا فاذا استعمله
فلا يخلو اما ان تتحول هذه الصفة منه الى الماء او لا لا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال
من محل الى محل باتفاق العقلاء فتعين الثاني وحينئذ لا وجه للحكم بنجاسة الماء والجواب انه كلام
ليس في المتوضي وصفه وانما هو ان اعضاء الوضوء متصفة بالنجاسة حكما وقد اذن الشرع بالوضوء
الذي اقيمت به قربة وقد اقمنا الدليل انفا على ان لاقامتها تاثيرا في تغيير ما اقيمت به فصار الماء خبيثا
شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء نجسا الا اتصافه بالخبث شرعا لا الانتقال على الاعراض
الحقيقية لا يجوز واما الامور الاعتبارية الحكمية فيجوز اذ تعتبر قائمة بمحل بعد قطع الاعتبار
عن قيامها بمحل اخر الا ترى ان الملك للبايع امر اعتباري حكمي وبعد ان قال بعت وقبل المشتري انتقل
الملك من البايع اليه ونحوها ثبت نجاسة اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة

انه نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى ابو يوسف
عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف
كما سيجيء قوله والماء المستعمل بيان لحقيقته وكان حقه التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا انفا
ولانه يتضمن بيان السبب قصدا وهو من الوسايل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون الماء مستعملا عند
ابي حنيفة وابي يوسف هو ازالة الحدث او قصد القربة وعند محمد قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي
ازالة الحدث لا غير فلو توضا محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضا رجل
متوضئ للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع ولو توضا المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما
وعند زفر خلافا لمحمد لعدم قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضا
المتوضئ لقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي واستدل محمد بقوله لان الاستعمال
بانتقال نجاسة الاثام اليه اي الى الماء المستعمل كما قررناه وانتقالها بان انتقالها عن محلها ازالتها
بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير عنها انما
يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء في الحالين جميعا
كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة الحقيقية فيثبت فساد الماء بالامرين جميعا وقوله ومتى
يصير مستعملا بيان لوقت اخذه حكم الاستعمال وقد اتفق علماؤنا على ان الماء ما دام مترددا
في العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر في مكان او اناء اختلفوا فيه
فقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير
مستعملا وذهب اصحابنا الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصاب ثوبه تنجس وقالوا
ان من نسي مسح راسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به راسه لا يجوز واختاره المصنف وقال
الصحيح انه كما زايل العضو والكاف هذه تسمى كاف المفاجاة كما تقول كما خرجت من البيت
رايت زيدا اي فاجات رؤية زيد ومعناه يصير الماء مفاجيا وقت زواله عن العضو
وقت الاستعمال من غير توقف الى وقت الاستقرار في مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون
مجازا عقليا وقوله لان سقوط حكم الاستعمال الظاهر ورد بان فيه حرجا فكان ضرورة وقيل
في جوابه حكم الاستعمال يسقط في المناديل والثياب للحرج وهو مناقض لاصل المذهب ولعل
المخلص انه يقال يثبت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو في الجميع ولا حرج فيه اذ المحتاج
اليه من الاقوال للفتوى انه طاهر غير طهور قال رحمه الله والجنب اذا انغمس في البئر
جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر ولم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل
ولم ينجس الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند ابي حنيفة وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو
انغمس للاغتسال للصلاة فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل نجسا ان الصب عنده
شرط لان القياس لا يقتضي التطهير بالغسل لتنجس الماء باول الملاقاة وانما حصل ضرورة خروج
المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري اخرج الى ذلك لعدم استقراره والصب بمعنى الجري فيستلزم
فيشترط تحصيله للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاؤه

انتفاء المشروط وفي بقاء الماء طاهرا ان سبب استعمال الماء احد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة
كما تقدم لا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه
يسقط عنده وان لم ينو فقد سقط وبه يصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك
اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى طلب الدلو فلو سقط الفرض تنجس وفسد البئر وفيه
ضرر لا يخفى ولمحمد في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاؤه
انتفاء الحكم وفي طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم توجد
فكان هذا السبب متعينا كالسبب في ملك الغصب فينتفي الحكم بانتفائه ولابي حنيفة في نجاسة
الماء اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة فان الماء يصير به مستعملا وان لم توجد النية لانها
ليست بشرط لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل نجسا لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة
الرجل بنجاسة الماء المستعمل لان النية لما لم تشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس
وصار الماء مستعملا والرجل متلبس به فيتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى
حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونه اكثر مناسبة لاصله فعلى اول
الاقوال لا يجوز له الصلوة ولا قراءة القران وعلى الثاني تجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر وعلى
الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول ابي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى
البيان بسبب تركه اصله كما بينا قال رحمه الله وكل اهاب دبغ فقد طهر يتعلق
بدباغة الاهاب ثلاث مسائل طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلاة فيه بان يجعل ثوبا
وهي تتعلق بكتاب الصلاة والوضوء منه بان يجعل قربة وبه يتعلق بهذا الباب وانما قال والصلاة
فيه بان يجعل ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصلى وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان
في المصلى لزيادة الاشتمال ولانه منصوص عليه بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة
به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الاخيرين وان كان يفهم ذلك من الاول احترازا عن قول مالك فانه يقول
يطهر ظاهره دون باطنه فيصلى عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على الادمي لان الموضع موضع اهانة
لكونه في بيان النجاسة وتاخير الادمي في ذلك اولى واستدل على الطهارة دون الاخيرين لانه
يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه نكرة اتصفت
بصفة عامة حجة على مالك في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الاشياء
دون المائع فيجعل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما فان قيل جلد الخنزير والادمي خارج
عن عمومه فيجوز ان يخص منه جلد الميتة بالقياس عليه او بقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب
اجيب بانه قياس فيه ابطال النص وهو قوله عليه السلام ايما اهاب دبغ الحديث والنهي عن الانتفاع
بالاهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قاله الخليل والاصمعي وليس ذلك داخلا في عموم قوله اهاب
دبغ ليجوز تخصيصه ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل قوله وحجة على الشافعي عطف على قوله
حجة على مالك فان الشافعي يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما
ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط ان كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياسا

على جلد

على جلد الخنزير والادمي وعلى هذا لا فايدة في تخصيصه وقوله وليس الكلب بنجس العين
جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وان لم يذكر في الكتاب واختلفت الروايات في كون
الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب عندنا
ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت باخبث من الكلب والخنزير
قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا وليس نجس العين كذلك
ولا يشكل بالسرقين فانه نجس لا محالة وينتفع به ايقادا او غيره لان الانتفاع بالاهلاك وهو
جائز كالدنو من الخمر للاراقة وهو مختار المصنف وقوله بخلاف الخنزير متصل بقوله الا جلد
الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه فان قيل المقصود بالذكر
في الكلام هو المضاف فيجب ان يرجع اليه الضمير اجيب بان المضاف اليه قد يكون مقصودا مثل
ان تقول مثلا رايت ابن زيد فانه يجوز ان يقال وكرمته على الاشتغال فيكون الضمير راجعا
الى المضاف لانه المقصود ويجوز ان يقال فاضربته باي اتيك هذا فاضل فيكون راجعا الى المضاف
اليه كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من
المضاف والمضاف اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه اولى لكونه اشمل للاجزاء واحوط في
العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لم يحرم غيره وان رجع اليه حرم فعين اللحم ذا ربما ان يحرم سواه
لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه وقوله وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي
متعلق بقوله والادمي ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسة عينه وجلد
الادمي لكرامته لئلا يتجاسر الناس على من كرمه الله بابتذال اجزائه فخرجا عما روينا يعني من قوله
صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت ما وجه خروجهما عن المروي اهو تخصيص فيحتاج
الى مخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ متاخر قلت عدم طهارتهما ثابت
بالكتاب فان كان متاخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التناول لتعرضه
في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا ان ينسخه وان كان مخصصا فالخروج عن حكم الحديث
ثابت في الجميع فعبر بقوله فخرجا وقوله ثم ما يمنع النتن والفساد بيان لما يدبغ به ذكره باستطراد
ذكر الدباغة قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد
فهو دباغ فيتناول التشميس والتتريب لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة
يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص او شب ونحوها كما شرطه الشافعي وما يطهر
جلده بالدباغ يطهر بالذكاة يعني الذكاة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكاة المجوسي ليست بمطهرة
وذكر الضمير في لانه لان الذكاة بمعنى الذبح وانما تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع
من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الاتصال ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهرا كانت الذكاة
المانعة من الاتصال اولى ان تكون مطهرة وقوله وكذلك يطهر لحمه اي لحم ما ذبح حتى اذا صلى ومعه من لحم
الثعلب المذبوح او نحوه اكثر من قدر الدرهم جازت وقوله هو الصحيح احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه
نجس لان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل النجاسة ولزمهم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بانه

بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس والذي اختاره المصنف
وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق اصحابنا واللحم
متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول الا بالسكين
وما قيل من الجلدة الرقيقة متوهم وعلى تقدير تحققه فاما ان تكون طاهرة او نجسة ولا يحتمل عند السلخ
امر ثالث بين الجلد واللحم لا محالة فهي اما متصلة باللحم او الجلد فان كانت متصلة باللحم فليس يتصور ان
تكون طاهرة واللحم نجس فتكون نجسة والجلد الغليظ متصل به اتصالا فلا يكون طاهرا لكن الفرض انه
طاهر وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور ان تكون نجسة والجلد طاهر فتكون طاهرة واللحم متصل
به اتصالا فكيف يكون نجسا وذلك واضح لا يخفى على المتامل فهذا هو الذي حمل المصنف على تصحيح
رواية طهارة اللحم والجواب من قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا للكرامة دليل النجاسة انه مسلم
ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة قد انتفت
ههنا بالذبح فينتفي كما قلنا في ولد المغصوب وقوله وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر ذكره
باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء او لا عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي
نجس لان كل واحد منهما من اجزاء الميت والميت نجس بجميع اجزائه قلنا لا نسلم ان كل جزء من الميت
نجس بل النجس منه ما كان فيه حياة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حياة فيها حتى لا يتالم بقطعها
الحيوان فان قطع قرن البقرة لا يولمها وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة
وهذا يشير الى ان بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان وجوديتان
لقوله تعالى خلق الموت والحياة والمخلوق لا يكون عدما واجيب بان المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر
لا يقال ما ذكرتم من الدليل استدلال في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام وهي رميم ولا خفاء
في دلالته على ان في العظم حياة لان المراد به من يحيي صاحب العظام وشعر الانسان وعظمه طاهر
وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به فكان نجسا ولنا ان حرمة
الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق شعره
وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته **فصل في البئر** لما ذكر حكم الماء القليل بانه
يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضا فانه لا ينزح كله في بعض الصور
فذكر ماء البئر في فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة قوله واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت قيل نزحت
البئر اي ماؤها بحذف المضاف لعدم الالتباس لان نزح عين البئر غير ممكن وبنزح النجاسة لا يتم
جواب المسئلة فتعين ما قلنا والتانيث باعتبار الاسناد الظاهري ولان قوله وكان نزح ما فيها من
الماء دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه
نظر لانه حينئذ لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض
الشارحين الى ان ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها
ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها واقول التركيب الجزل على
هذا التقدير ان يقال نزحت النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الخ ولو جعلنا نزحت في الحقيقة

مستندا الى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر ليتناول النجاسة والماء كليهما وكان من باب
جرى النهر اندفع ذلك كله قوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح
من غير توقف على غسل الاحجار والدلاء والحبال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم رضي الله
عنهم ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس لان القياس احد الامرين اما ان يطهر البئر
اصلا لتنجس الاوحال والجدران واما ان لا تتنجس ابدا اذا نبع الماء من اسفله لكونه كالماء الجاري
قال محمد رحمه الله اتفق رايي وراي ابي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري الا انا تركنا
القياس واتبعنا الاثار وقوله فان وقعت اشارة الى انه يجب نزح من الماء بحسب ما يقع
فيها من النجاسة وقوله وجه الاستحسان هو احد وجهي الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره ولا
فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثي البقر
والجاموس وبعر الابل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين ابار الامصار
والفلوات فان ابار الامصار لها رؤس حاجزة والوجه الآخر ان البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها
رطوبة الامعاء فلا يتداخل الماء في اجزائها وعلى هذا لا يفرق بين ابار الامصار والفلوات ويفرق
بين الصحيح والمنكسر فان المنكسر تتداخله اجزاء النجاسة فيفسد والبعر والروث والخثي لان الروث
والخثي لا صلابة لهما فيتداخل الماء في اجزائهما فيتنجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم ان اختلاف
اقوال المشايخ فجعل الكل غير مفسد وجعل بعضه مفسدا دون بعض مرجعه الى وجهي
الاستحسان وقوله ولا ضرورة في الكثير هو ايضا على الوجه الاول واما الوجه الثاني فيقتضي عدم
التفرقة بين القليل والكثير لان الصلابة والرسالة في الجميع موجود وقوله وهو ما يستكثره الناظر
اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو ان يغطي ربع وجه الماء وقيل
وجه الكره وقيل ان لا يخلو دلو من بعرة وقال الامام التمرتاشي ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلاث كثير
وانما قال عليه الاعتماد لان ابا حنيفة لا يقدر شيئا بالراي في مثل هذه المسائل التي يحتاج الى التقدير
فكان هذا موافقا لمذهبه فلهذا قال وعليه الاعتماد وقوله ثم يرمي البعرة ليشرب اللبن معناه
لا ينجس اذا رميت قبل ان يتغير لونه قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا ينجس اذا رميت من
ساعته ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر
في اسقاط حكم النجاسة وقوله وعن ابي حنيفة انه اي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء
بالبعرة والبعرتين كالبئر **قال** رحمه الله وان وقع فيها خرء الحمام والعصفور
خرء الحمام والعصفور طاهر عندنا وقال الشافعي رحمه الله انه نجس وهو القياس لانه
غذاء استحال الى نتن وفساد فان ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن
وفساد كالبول والغائط وهو نجس ونوع يحيله الى صلاح كالبيض واللبن والعسل وهذا
من النوع الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا طهارته بدلالة
الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام
مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى ان طهرا بيتي وقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا صبيانكم مساجدكم

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي ان النبي صلى الله عليه
وسلم شكر الحمامة فقال انها اوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله بان جعل المساجد ماواها
وقوله واستحالته لا الى نتن جواب الشافعي ووجهه ان موجب التنجس النتن والفساد والنتن
ههنا غير موجود وانتفاء الجنس يستلزم انتفاء الكل فان قال الفساد وحده مما يوجبه قلنا
منقوض بالمني فانه قد فسد وهو طاهر وسائر الاطعمة تفسد بطول المكث ولا تنجس على انه ان
تنجس فيما نحن فيه سقط للضرورة وقوله فاشبه الحماة يعني في النتن دون الفساد وقوله
فان بال شاة فيها اي في البئر شاة اصل هذه المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء
القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء به الا ان يغلب الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع
منه قطرة في الماء افسدته والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلاة لمحمد حديث العرنيين
وقصته ما روي ان قوما من عرينة تصغير عرنة وادٍ بحذاء عرفات سميت بها قبيلة ينسب
اليها العرنيون بحذف يا فعيلة كقولهم الجهنيون اتوا المدينة فاجتووها اي لم توافقهم
فاصفرت الوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يخرجوا الى ابل الصدقة
ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا
الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في اثرهم قوما فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل
اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال انه امرهم بشرب ابوال الابل ولو كان
نجسا لما امر به لكونه حراما وقد قال عليه السلام ان الله تعالى لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم
ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه الاستدلال
انه صلى الله عليه وسلم امر بالاستنزاه عن البول من غير فصل والامر للوجوب ومما يؤيده ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤوس اصابعه من
زحام الملائكة التي حضرت للصلاة عليه فلما وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت
تختلف اضلاعه فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه كان لا يستنزه البول
ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزهه لا تجوز صلاته وانما اراد بول الابل عند معالجتها وقوله
ولانه يستحيل الى نتن دليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث انس فقد ذكر قتادة
عن انس انه رخص لهم في شرب البان الابل ولم يذكر الابوال وانما ذكره في حديث حميد عن انس فقد
دار بين ان يكون حجة وان لا يكون فيسقط الاستدلال به وقيل انه منسوخ وقد ذكرنا الحديثين
في التقرير شرح اصول فخر الاسلام فليطلب ثم قال المصنف وتاويله روي انه عليه السلام عرف
شفاهم فيه وحيا ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة
وابو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين اللبن فيحل
شربه للتداوي ولغيره قال رحمه الله وان ماتت فيها فارة او عصفورة حاصل هذه المسائل
ان الحيوان الواقع في البئر لا يخلو من اوجه تسعة اما ان يكون فارة ونحوها او دجاجة ونحوها او شاة
ونحوها وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت اما ان يكون منتفخا او لا فما خرج حيا لا ينجس في الفصول

كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المصنف
انه ليس بنجس العين كما تقدم وما اخرج ميتا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت فيها فارة
او عصفورة او صعوة قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحدة صعوة والسودانية
طويرة طويلة الذنب تاكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم تنتفخ نزح
منها ما بين عشرين دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها قيل الصاع كبير وما دونه صغير
يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير وقوله يعني بعد اخراج الفارة يعني
ان النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفارة لان سبب نجاسة البئر حصول الفارة
الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث انس انه قال في الفارة
ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة وكذا
حكم الفارتين حكم الواحدة الى الاربع وفي الخمس اربعون الى التسع وفي العشر ينزح ماء البئر كله
فيما روي عن ابي يوسف وقوله والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك
لان الرواية قد اختلفت فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء وفي رواية
عشرون وفي رواية ثلاثون وفي رواية اربعون فاخذ بعضهم اوجب عشرين وبعضهم اقل من عشرين
وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير وكان واجبا
لتعينه وما وراءه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب
والاولى ما قيل ان السنة جاءت في رواية انس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الفارة اذا
وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلاثون هكذا رواه ابو علي الحافظ السمرقندي
باسناده واو لاحد الشيئين فكان الاول ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به
لئلا يترك اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه
الثاني وهو ما يكون الميت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى
ستين وكلامه ظاهر وقوله وهو الاظهر قيل لان الجامع الصغير آخر التصنيفات فيكون القول
المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون الميت فيها شاة او آدميا او كلبا
ينزح جميع ما فيها وكلامه ظاهر وقوله ثم المعتبر تفسير للدلو فانه ذكر مبهمة فاحتاج الى تفسيرها
وقيل دلو يسع فيها صاع وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قوله ولو نزح منها بدلو عظيم مرة
مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا
وقع في البئر فارة فجاءوا بدلو عظيم تسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة واحدة اجزاهم وهو الصحيح لان
الاصل ان الذي يعود منه الى البئر اقل وعن الحسن انه لا يطهر بمرة واحدة لان بتواتر الدلاء يصير
الماء في معنى الجاري وقلنا لما قدر الشرع الدلاء بعدد خاص عرفنا ان المعتبر العدد المنزوح وان معنى
الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح
جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ
تنفصل بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم او الخمر تنتشر في الماء ولهذا قال محمد في ذنب الفارة

وقعت في البير ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة الصحيحة
الجسد وقوله وان كانت البير معينا يجوز ان يكون من عين اي بلغت العيون ويجوز ان تكون
اصلية من امعنت الارض اي رويت وما معين اي جار ويكون فعيلا وكان ينبغي ان يقال
معينة لان البير مونثة وانما ذكرها حملا على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول وقوله لا يمكن
نزحها صفة وقوله اخرجوا جواب المسئلة وقوله مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى ان الاعتبار
للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة وقوله فينزح لكل قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء
عشر قبضات وانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلوا اخرى
وقوله بنى جوابه على ما شاهد في بلده لان بلده بغداد وغالب مياه ابار بغداد لا تزيد على ثلثمائة دلو
وقوله ولم تقدر العلية بشيء لانها متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز امر صعب في الشرع لان الطاعة
بحسب الطاقة وقوله كما هو دابه اي عادته فان عادته ان يفوض مثل هذا الى راي المبتلى به كما تقدم
من قوله هو ما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم وقوله وهذا اشبه بالفقه اي
بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع
فيه تقدير قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون كما في جزاء الصيد حيث قال يحكم به ذوا
عدل منكم والشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم وشرط البصارة لهما في الماء لان
الاحكام انما تستفاد ممن له علم بها ليدخل تحت اهل الذكر وهذا القول اي الاخذ بقول رجلين مروي
عن ابي نصر محمد بن سلام **قال** رحمه الله وان وجدوا في البير فارة او غيرها كلامه ظاهر
وقوله لان اليقين لا يزول بالشك بيانه ان الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى
واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوقوع النجس لان اليقين يزول بيقين
مثله وهذا هو القياس كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات
ولابي حنيفة ان لموت الحيوان في البير سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ما له سبب
ظاهر يحال به عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال بموته على الجراحة لانه هو السبب
الظاهر وكميت التوت على عنق حية فانه يحال بموته على نهشها وان احتمل ان يكون الموت بغير الجرح
والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر لا دان الانتفاخ دليل تقادم العهد وادنى
حد التقادم في ذلك ثلاثة ايام الا يرى ان من دفن بلا صلاة يصلى على قبره الى ثلاثة ايام ولا يصلى بعد
ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه
بيوم لان اقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة فان ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة
فقد قال المعلى الى اخره ظاهر والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الاسار وغيرها

لما فرغ
من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرها باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر
وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء ثم عم استعماله فيه وفي الطعام والجمع الاسآر وهي اربعة
عندنا طاهر كسؤر الادمي وما يؤكل لحمه ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك
فيه كسؤر البغل والحمار **قال** رحمه الله وعرق كل شيء معتبر بسؤره قيل كان الجواب ان يقول وسؤر

كل شيء معتبر بعرقه لان الكلام في السؤر لا في العرق وليس بصحيح لان المصنف اراد ان يبين في ضمن
الاسآر العرق فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب ان يقول بعده عرق الادمي كذا وعرق الكلب
كذا وعرق الخنزير كذا وكان ذلك تطويلا اذ ذاك للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فانه مشكوك
وعرقه طاهر لان الشك في طهوريته لا في طهارته وقوله لانهما اي اللعاب والعرق اضمر على اللعاب وان
لم يتقدم ذكره لان السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان ذكر السؤر ذكرا له وقوله وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه
كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل يعني بغير كراهة لئلا يدخل فيه سؤر الدجاجة المخلاة
فانه ماكول اللحم وسؤره مكروه كما سياتي وليس بشيء لان ماكول اللحم طاهر السؤر خلا ما توهم من الكراهة
فيه وقوله لان المختلط به اللعاب واضح وقوله ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه ادميا والجنابة
لا اثر لها في ذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال اني
جنب فقال صلى الله عليه وسلم المومن لا ينجس وبهذا يسقط ما قيل ينبغي ان يكون سؤر الجنب
نجسا على قول ابي يوسف رحمه الله لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه لانه تعليل في مقابلة النص
على انه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد الاناء والحائض لما
روي ان عائشة شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع
فمها وشرب والكافر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا
مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان
المراد به الخبث في الاعتقاد وقوله وسؤر الكلب نجس ظاهر وقوله فاذا تنجس الاناء فالماء
اولى يشير الى انه ثابت بالدلالة فان الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه
ولسانه لم يلاقه وانما لاقى الماء كان دليلا على نجس ما يلاقيه بطريق الاولى قيل يجوز ان يكون
المراد بولوغ الكلب في الاناء ونجسه فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال بالاولوية
واجيب بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب واشباهه المايعات باطراف لسانه والكلام
للحقيقة اذا لم يصرف عنها قرينة وقوله وهذا الحديث يفيد النجاسة نفي لقول مالك والعدد
نفي لقول الشافعي في اشتراط السبع وقوله لان ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث اي بالاتفاق وقوله
فما يصيبه سؤره وهو دونه لان مالكا يقول بطهارة سؤره ولم يقل احد بطهارة بوله فاذا
طهر بوله بالثلاث فلان يطهر سؤره اولى قيل فيه نظر لان عند الشافعي بوله ودمه وسائر ما
هو منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكره في التهذيب ويجوز ان يكون ثم رواية
عنه اطلع عليها اصحابنا فيكون الالزام عليها وقوله والامر الوارد بالسبع جواب عما يستدل
به الشافعي بما روى عبد الله بن مغفل انه عليه السلام قال اذا ولغ الكلب في اناء فاغسلوه
سبعا وعفروه الثامنة بالتراب بانه محمول على الابتداء منعا لهم من الاقتناء على ما روي عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتنى كلبا الا ماشية او صيد نقص من اجره كل يوم قيراط والدليل عليه
انه قال وعفروه الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل يجوز ان يكون المراد
بغسل الاناء التعبد لا لانه نجس اجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل غيره موضع النجاسة كما

في الحدث والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع فكان الغسل لازالة النجاسة لا
للتعبد وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه وسؤر سباع
البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لما مر في سؤر الخنزير واستدل الشافعي بما روي
عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع
كلها والجواب انه مرسل لا يصلح للاحتجاج به لان راويه داود بن حصين عن جابر وداود بن حصين
لم يلق جابرا كذا قاله الجصاص ولئن صح فتاويله ان المراد به حمر الوحش وسباع الطير والمراد به الماء الكثير
او هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الادلة ولم يذكر محمد ان نجاسته غليظة او خفيفة وروي عن ابي
حنيفة انه نجاسة غليظة وعن ابي يوسف انه كبول ما يؤكل لحمه لان الناس اختلفوا في سؤر ما لا يؤكل لحمه
من السباع كما اختلفوا في بول ما يؤكل لحمه فاوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما اوجب هناك وسؤر الهرة
طاهر مكروه وقال ابو يوسف غير مكروه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي للهرة الاناء فتشرب منه
ثم يتوضأ به وقال كيف اكره ما هذا الحديث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان
الفقه دون الخلقة والصورة لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرائع فان قيل فكان الواجب القول
بنجاسته اجاب بقوله الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وقوله لعلة الطوف يجوز ان
يكون اشارة الى الضرورة فان حكم النجاسة يسقط بها كما مر غير مرة ويجوز ان يكون اشارة الى ما روي عن
عائشة رضي الله عنها انها كانت تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة فاكلت منها فلما فرغت من
صلاتها دعت جارات لها فكن يتحامين من موضع فمها فمدت يدها واخذت من موضع فمها واكلت وقالت
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة انما هي من الطوافين والطوافات عليكم
فلا تكلفن فان قيل حديث ابي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا ترجح فالجواب ان حديث
ابي هريرة مأول دون حديث عائشة فتقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته فعارض المحرم
وحمل ما رواه ابو يوسف من اصغاء الاناء لها على ما قبل التحريم وقوله ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وهو قول
الطحاوي وهو يدل على انه الى التحريم اقرب وقيل لعدم تحاميها النجاسة لانها تتناول الجيف وهو قول
الكرخي وهو يدل على ان كراهته كراهة تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الاثر وقوله ولو لحست
يعني الهرة طاهر وقوله والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف يعني قوله الا اذا مكثت ساعة
لغسل فمها بلعابها لانهما يجوزان ازالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب شرط عند ابي يوسف
للتطهير في العضو وسقط ههنا للضرورة قال رحمه الله وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه
المخلاة هي الجايلة في عذرات الناس والمحبوسة على خلافها والمحبوسة على وجهين احدهما ان تكون
في بيت نفسها والثاني ان تكون محبوسة للتسمين ويكون راسها واكلها وشربها خارج البيت
والاولى تجول في عذرات نفسها دون الثانية وانما قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها الى ما
تحت قدمها اشارة الى الوجه الثاني فانها اذا كانت كذلك وقع الامن عن مخالطة النجاسة بخلاف
غيرها وقوله وكذا سؤر سباع الطير معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة ليكون داخلا
في حكم الكراهة وفي القياس نجس اعتبارا بسباع الوحش ووجه الاستحسان انها تشرب بمنقارها

وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف
على كراهته بما يشبه به الحلال وهو اكل الميتات الحاقا لها بها وعن ابي يوسف انها اي سباع الطير اذا كانت
محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال الفقيه ابو الليث
روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال ان كان من الطير لا يتناول الميتة مثل البازي الاهلي ونحو
ذلك فلا يكره الوضوء وقوله وسؤر ما يسكن البيوت طاهر وقوله والتنبيه على العلة في الهرة قيل معناه
وفيه التنبيه على العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب سؤال تقريره ما الذي دلكم على كون الطوف
علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم علل لسقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف
بقوله عليه السلام انها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد وجد الطوف في سواكن البيوت
ازيد منه في الهرة فان ثلمة البيت اذا سدت لا يمكن ان تدخل الهرة فيه واما سواكن البيوت كالحية
والفارة فانه لا يمكن منعها عن الطوف فكان تنبيها على سقوط النجاسة فيها بطريق الاولى وكان العلامة
الكردري يقول ان الله تعالى علل لسقوط وجوب الاستيذان بعلة الطوف في قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم
جناح الى قوله طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبي صلى الله عليه وسلم في سؤر الهرة بتعليل الله
فيه على سقوط النجاسة ثم استدل ابو حنيفة بتعليله عليه السلام في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر
سواكن البيوت بعلة الطوف وقوله وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه هذه عبارة اكثر المشايخ وابو
طاهر الدباس انكر ان يكون شيء من احكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت
الصلاة معه الا انه محتاط فيه فامر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف
لتعارض الادلة واما في جعله طاهرا وطهورا لان كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده
فاختلف في ان الشك في طهارته او في طهوريته فقيل في طهارته لانه لو كان طاهرا كان طهورا ما لم يغلب
اللعاب لان اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلبه كما اذا اختلط ماء الورد بالماء
وقيل في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل راسه يعني بعد ما مسح راسه بسؤر الحمار
ولو كان الشك في طهارته لوجب وانما عين الراس لان غيره من الاعضاء يطهر بصب الماء عليه وقوله
وكذا لبنه طاهر ولا يؤكل قيل هذا ليس بظاهر الرواية وانما هو فيه نجس والمذكور في الكتاب انما هو
رواية عن محمد وقوله وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وان فحش هو احدى الروايات عن ابي حنيفة وفي
رواية هو نجس نجاسة خفيفة وفي رواية نجس نجاسة غليظة والمشهور هو المذكور في الكتاب
قال القدوري عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة وقوله فكذا سؤره يعني ان اللبن والعرق
والسؤر تتولد كلها منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك وقوله وهو الاصح احترازا عن القول بان الشك
في طهوريته اصح وقوله نص محمد على طهارته هو ما روي عن محمد انه قال اربع لو غمس فيها الثوب ثم صلى
وهي سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما يؤكل لحمه وقوله وسبب الشك تعارض الادلة
اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة في اباحته وحرمته فانه روي
ان غالب بن ابجر سال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لم يبق لي مال الا حميرات فقال عليه السلام كل من
سمين مالك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال شيخ الاسلام

هذا لا يتقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرّم والمبيح كما لو اخبر عدل ان هذا اللحم
ذبيحة مجوسي وآخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال ولعابه متولد
منه فيكون نجسا بلا اشكال وفيه نظر لانه لا يستلزم نجاسة لبنه وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر
والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال الاختلاف الصحابة في طهارته فانه
روى عن ابن عمر انه كان يكره التوضي بسؤر الحمار والبغل وروى عن ابن عباس انه قال لا باس
بالتوضي به ولم يترجح احد القولين على الآخر فاوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لا يتقوى
لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الاشكال كما في اناء اخبر عدل انه طاهر واخبر آخر
انه نجس فان الماء لا يصير مشكلا وان اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران
فكذا هذا ثم قال والاصح ان دليل الشك هو التردد في الضرورة فان الحمار يربط في الدور والا
فنية فكان فيه الضرورة الا انها دون ضرورة الهرة والفارة لدخولهما المضايق دون الحمار
فلو لم تكن ضرورة اصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة [illegible]
كان مثلهما في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب
النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض ووجب المصير الى الاصل والاصل شيئان الطهارة في جانب
الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس احدهما باولى من الآخر فبقي الامر
مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان اشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لاشكال
لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وههنا
نكتة لا باس بالتنبيه عليها وهي ان طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته
وقد قال المصنف في اول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب ولا يخلو اما ان يكون المراد بالنجاسة
النجاسة قبل الذبح او بعده فان كان الاول كانت الشاة مساوية للكلب في ان لحم كل واحد منهما نجس
بالمجاورة وان كان الثاني فكذلك في ان لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول
الطهارة او النجاسة وحلها ان المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح و
وبالنجس ما يقابله وطهارة سؤر البغل والحمار في رواية والهرة للضرورة وهذا لانهما اشتركا
في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل اذا ماتت حتف انفها واشتركا
في الطهارة بعده لزوال المنجس وهو الدم فلا فرق بينهما الا ان الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب
وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة دون الكلب ولا فرق بينهما ايضا في الظاهر الا اختلاط
اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم ماكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره
اضافة للحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب
قوله وعن ابي حنيفة انه اي سؤر الحمار والبغل نجس وقوله ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز ان تكون
الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة ويجوز ان يكون معناه
ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح المحرم تترجح النجاسة ايضا لامتناع
الطهارة مع الحرمة واستشكل على بما اذا اخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فانه يرجح خبر الحل

وبما اذا

وبما اذا اخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته ترجح الطهارة واجيب بان تعارض الخبرين في
الطعام يوجب التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه
تكذيب المخبر بالحل من غير دليل فاما ادلة الشرع في حل الطعام وحرمته فتوجب الترجيح بدليل
وهو تقليل النسخ الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول والعمل بالاحتياط واجب عند
عدم المانع وكذا تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالاصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة
به والاصل عدمه فبقي الماء على اصله وهو الطهارة فاما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء
بيقين وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن اصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا
فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل وقوله والبغل من نسل الحمار طاهر وقوله فان لم يجد غيرهما
ظاهر وقوله ولنا ان المطهر احدهما يعني ان المطهر في الواقع اما السؤر او التراب فان كان الاول
فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم او تاخر وان كان الثاني فلا يضر التقديم والتاخير فوجب الضم دون
الترتيب والضمير في فيفيد راجع الى قوله يتوضأ بهما ويتيمم في قول محمد وقوله وسؤر الفرس طاهر
عندهما معناه ظاهر وقوله في الصحيح احتراز عن الروايات الباقية فانه ذكر في المحيط في سؤر
الفرس عن ابي حنيفة اربع روايات قال في رواية احب الي ان يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه
وفي رواية الحسن عنه انه مكروه كلحمه وفي رواية هو مشكوك كسؤر الحمار وفي رواية كتاب الصلاة
هو طاهر وهو الصحيح قال رحمه الله فان لم يجد الا نبيذ التمر انما ذكر نبيذ التمر في
فصل الاسار لان له شبها خاصا بسؤر البغل والحمار على قول فانه يقول يضم التيمم الى الوضوء
به احتياطا كما سنذكره والكلام فيه في ثلاثة مواضع في وقت الجواز وفي جواز الوضوء به وفي
نفسه فاما الاول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم واليه اشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ التمر يعني
اذا عدم الماء المطلق واما الثاني فقد اختلف فيه فقد روى عن ابي حنيفة ثلاث روايات ذكر
في الجامع الصغير والزيادات انه يتوضأ به ولا يتيمم وذكر في كتاب الصلاة انه ان توضأ به وتيمم
احب الي قال شيخ الاسلام فيه اشارة الى انه لو توضأ به ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما
مستحب والثالثة هي ما روى نوح بن ابي مريم والحسن بن زياد انه يتيمم ولا يتوضأ به وبه اخذ
ابو يوسف اما وجه الرواية الاولى فما ذكره في الكتاب من قوله لحديث ليلة الجن وهو ما روى ابو رافع
وابن المعتمر عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه
مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن
مسعود خرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه وسلم حولي خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط
فانك ان خرجت عنه لم تلقني الى يوم القيامة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن
حتى طلع الفجر ثم رجع بعد طلوع الفجر وقال لي هل معك ماء اتوضأ به فقلت لا الا نبيذ التمر
في اداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور واخذ وتوضأ به وصلى الفجر
ووجه قول ابي يوسف وهو قول الشافعي ان العمل باية التيمم فانها تنقل التطهير عند عدم الماء
المطلق الى التراب ونبيذ التمر ماء من وجه فيكون الحديث [illegible] بها لكونها اقوى من الحديث وهو

اى الحديث منسوخ بها اى باية التيمم لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فان قيل نسخ السنة
بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم قوله وهو منسوخ باية التيمم اجيب بان ذلك جواب
ابي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو قوله عملا باية التيمم وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لان في
الحديث اضطرابا لان مداره على ابي زيد مولى عمرو بن الحريث روى عنه ابو فزارة وكان نباذا
روى هذا الحديث ليهون على الناس امر النبيذ وابو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روى
عن ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود انه قيل له هل كان ابوك مع النبي ليلة الجن فقال وددت
ان لو كان اى صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي عليه السلام لكان فخرا عظيما
ومنقبة له ولعقبه بعده فانكر كون ابيه مع النبي عليه السلام ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ
جهالة فانهم اختلفوا في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم نسخ باية التيمم وقال
بعضهم لم تنسخ لان اية التيمم نزلت في شان الاسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب
من الامصار فيجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة بعينها تكررت قال في
التيسير ان الجن اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز ان تكون الدفعة الثانية في
المدينة بعد اية التيمم فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة
كعلي روى عنه الحارث انه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروى عنه من طرق مختلفة
انه كان لا يرى باسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن عباس انه قال توضأ
وا بنبيذ التمر ولا تتوضأوا باللبن وروى عنه من طرق مختلفة انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر
عند عدم الماء وروى عن عبد الله بن مسعود انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وهم
كبار ائمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به ومثله اى بمثل هذا الحديث المشهور يزاد على الكتاب قال
ابو حنيفة اشتبه كون عبد الله مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد
عليه وهو رواية هؤلاء الكبار من الصحابة قوله واما الاغتسال به اى بنبيذ التمر على قول ابي حنيفة
فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث
وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثر جاء في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به وقوله
والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع الثالث ذكره محمد في النوادر وهو ان يلقي تمرات في الماء
حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا ومسكرا وما اشتد منها وصار مسكرا لا يجوز الوضوء به بالاجماع لانه
صار مسكرا حراما فان غيرته النار فما دام حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء فهو على الاختلاف وان اشتد
جاز الوضوء به عند ابي حنيفة لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده ولا يجوز التوضي بما سواه
من الانبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف القياس فيبقى ما سواه
على موجب القياس ولان علة الحل قاصرة وهي كونها تمرة طيبة علل باسم وصفة وهو لا يوجد في
غيره اعلم ان القدوري ذكر في شرحه عن اصحابنا ان التوضي بنبيذ التمر لا يجوز الا بالنية كالتيمم لانه بدل
عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوءه
كما ينتقض التيمم بوجود الماء والله تعالى اعلم **باب التيمم** لما فرغ عن ذكر

الطهارة بالماء شرع في التيمم لما ان حق الخلف ان يعقب الاصل ونقول ابتدأ بالوضوء ثم
ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تاسيا بكتاب الله فان قيل كيف ترك التاسي بكتاب الله في تقديم المسافر
وخارج المصر على المريض مع ان الله تعالى قدم المريض على المسافر في قوله وان كنتم مرضى او على سفر
اجيب بان التيمم مرتب على عدم الماء وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد
وفي الشريعة هو القصد الى الصعيد للتطهير فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب
والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة
المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقطت من عائشة قلادة لاسماء فلما
ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما
فاصبحوا وليس معهم ماء فاغلظ ابو بكر على عائشة وقال حبست رسول الله والمسلمين على
غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء اسيد بن الحضير الى مضرب عائشة فجعل يقول ما اكثر
بركتكم يا آل ابي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله فيه
للمسلمين فرجا واما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جعلت لي الارض
مسجدا وطهورا اينما ادركتني الصلاة تيممت وصليت وقوله صلى الله عليه وسلم التيمم طهور
المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به لان ما دونه يستوي
وجوده وعدمه اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم لا يقال ماء في قوله تعالى فلم
تجدوا ماء نكرة في سياق النفي تتناول ما يسمى به قليلا كان او كثيرا وذلك يقتضي ان لا يجوز
التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء وان كان لا يكفي الوضوء كما في ازالة النجاسة الحقيقية
كما هو مذهب الشافعي لانا نقول المراد به ما تحل به الصلاة الا ترى ان وجود الماء النجس لا يمنعه
وان تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف على ما يكفي بالاتفاق قوله او خارج المصر منصوب
لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى
تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز ان يكون مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم
الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر
وفي بعض النسخ بينه وبين الماء وهما نحو الميل او اكثر وفيه اشارة الى عدم جواز التيمم في المصر
الا في المواضع المستثناة على ما سياتي وذكر في الاسرار لو عدم الماء في المصر جاز فيها
ايضا لان الشرط عدمه فانما يتحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله او خارج
المصر اتفاقا بحسب العادة لما ان عدم الماء في الامصار نادر عادة قيل قوله او كان مستغنى عنه
وهو ظاهر واجيب بانه تاكيد لان معنى التاكيد هو ان يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول
وهذا كذلك ورد بان تخلل العاطف يأباه وقيل ذكره نفيا لرواية الحسن عن ابي حنيفة ان الماء
ان كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن فميل وغيرهما من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن
وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا فان كان ظنه ان الماء من حيث هو فيه ميل ولكن تيمم
وان كان ظنه انه ميل او اقل لم يتيمم حتى اذا تحقق انه ميل يجوز وفيه نظر لانه بنى كلامه على انه يعلم

حزراً وظناً فمتى ايس يتحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء وقوله الى
عشر حج لكثرة لا للغاية لجواز التيمم فى اكثر من ذلك ايضا اذا لم يجد الماء وقوله والميل هو المختار
فى المقدار احتراز عن غيره من الاقوال فانه روى عن محمد انه يجوز التيمم اذا كان الماء على قدر ميلين
وعن الكرخى ان كان فى موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر المشايخ
وقد ذكرنا انفاً رواية الحسن عن ابى حنيفة وروى عن زفر انه ان كان بحيث يصل الى الماء قبل
خروج الوقت لا يجزيه التيمم والا فيجزيه وان قرب الماء منه والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر
الف خطوة وفسر ابن شجاع الميل بثلاثة الاف ذراع وخمسماية ذراع الى اربعة الاف ذراع
ووجه المختار انه يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول الى الماء فهذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع
وقوله والماء معدوم ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر باطن ابهام
يده اليسرى على ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك وقوله ولا بد من الاستيعاب
يعنى ان الاستيعاب شرط فى التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يجز كما فى الوضوء وقوله فى ظاهر الرواية
احتراز عن رواية الحسن عن ابى حنيفة قال الاكثر يقوم مقام الكل لان فى الممسوحات الاستيعاب
ليس بشرط كما فى مسح الخف والرأس ووجه الظاهر ان التيمم قايم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع
وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب فى الوضوء شرط فكذلك فيما قام مقامه ولان الخليفة لكان
المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضى وهو ذكر الايدى فى الكتاب والسنة ولا يلزم اية السرقة
لان النبى صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل بخلاف ما نحن فيه فان قيل
قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة فان الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الالة
فلا يقتضى استيعاب المحل اجيب بان الباء صلة كما فى قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
فلا يقتضى تبعيض المحل وفيه بحث ذكرناه فى التقرير والانوار وقوله والحدث والجنابة فيه اى فى التيمم
من حيث الجواز والكيفية سواء وهو قول اصحابنا وعامة العلماء وهو المروى عن على وابن عباس
وعائشة رضى الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء وهو المروى عن عمر وابن
مسعود وابن عمر ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى او لامستم النساء محمول على المس باليد
او على الجماع فذهب الاولون الى الثانى والاخرون الى الاول وقالوا القياس ان لا يكون التيمم طهوراً وانما
اباحه الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليست فى معناه
ليلحق به بل هى فوقه وقال الاولون الملامسة اريد بها الجماع مجازا بسياق الاية فان الله تعالى بين
حكم الحدث والجنابة فى اية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب حال عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله
او جاء احد منكم من الغايط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان والحدثان مذكورين
فى اية البدل كما ذكرا فى اية الوضوء ولئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور فى قوله تعالى او جاء احد
منكم من الغائط فى حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم للمحدث
فرسوله صلى الله عليه وسلم شرعه للجنب ايضا لما روى ان قوما جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا
انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا وشهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام

عليكم

عليكم بارضكم وفى الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حدث البخارى فى صحيحه باسناده الى عمران بن
حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا معتزلا لم يصل فى القوم فقال يا فلان ما منعك
ان تصلى فى القوم فقال يا رسول الله اصابتنى جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك
وقوله ويجوز التيمم عند ابى حنيفة ومحمد بيان لما يجوز به التيمم وقوله بكل ما كان من جنس الارض
قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر او ينطبع او يلين كالحديد فليس من جنس الارض وههنا
لطيفة وهى ان الله تعالى خلق درة ونظر اليها فصارت ماء ثم تكاثف منه وصار ترابا وتلطف
منه فصار نارا وكان الماء اصلا ذكره المفسرون وهو منقول عن التورية فاذا تعذر الطهارة
بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات كالشجر ونحوه والمعدنى كالحديد وشبهه ليس بتبع
للاصل وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب كذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس له اختصاص
بشئ منها حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل ثم رجع عنه الى انه
لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعى لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اى ترابا منبتا
هكذا فسره ابن عباس وهذا يقتضى القصر عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بقوله الاول بما
روينا من قوله عليكم بارضكم ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض كذا روى عن الخليل وذكر صاحب
الكشاف عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض وقال الزجاج فى معانى القران لا اعلم بين اهل
اللغة اختلافا فى ان الصعيد وجه الارض وفى الصحاح عن ثعلب ان الصعيد وجه الارض قال
المصنف سمى به لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب
المنبت تقييد للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما فى قوله تعالى حلالا طيبا فيحمل عليه لانه
اليق بموضع الطهارة الا ترى انه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات
ليس لما نحن فيه فى هذا الباب ومما يدل على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم وقوله وهو مراد بالاجماع
دليل اخر وتقريره ان الطيب مشترك بين الطاهر والمنبت والطاهر مراد بالاجماع كما مر انفا
فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له ثم لا يشترط ان يكون عليه اى على الصعيد غبار
باليد فيجوز التيمم بالكحل والاجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزرنيخ
فان كانت ملساء لا غبار عليها عند ابى حنيفة ومحمد فى احدى الروايتين عنه لاطلاق ما تلونا من قوله
تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وفى رواية اخرى عنه وهو قول ابى يوسف والشافعى واحمد لا يجوز بدونه
لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اى من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشئ من الارض
لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحتمل من على ابتداء الغاية
وكذلك يجوز بالغبار بان نفض ثوبه او لبده مع القدرة على الصعيد عند ابى حنيفة ومحمد وابو يوسف
لم يجوزه مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمامور به التيمم
بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز عن
الركوع والسجود ودليلهما قوله لانه تراب رقيق فانه من نفض ثوبه يتاذى جاره من التراب
وكما يجوز التيمم بالخشن منه فكذا بالرقيق والشرط فى التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار

مع النية فلو اصاب وجهه وذراعيه غبار ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما
والنية فرض في التيمم خلافا لزفر هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو ظاهر لان الخلف هو ما لا يجوز الاتيان
به الا عند عدمه وجاز في الاصل وما يجب فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه اي في صفته
الذي هو الصحة فان الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في
وصفه وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه
وقد تقدم البحث فيه وقد قيل ايضا في تقريره التيمم يدل على القصد والقصد هو النية وامرنا
بالتيمم والامر للوجوب فتشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر ثمة ورد بالغسل والمسح
ولا دلالة لهما على النية وفيه نظر لان القصد المامور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النية
في التيمم ان ينوي الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة
فلا يلزم من كون احدهما مامورا به ان يكون الاخر شرطا وقوله او جعل طهورا دليل آخر وتقريره جعل
التراب طهورا بشرطين بشرط عدم الماء وبشرط ان يكون التيمم للصلاة لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء
فتيمموا بناء على قوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم والمراد به فاغسلوا للصلاة فكذا
قوله فتيمموا للصلاة فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيد حال عدم النية وقوله
والماء طهور بنفسه جواب سؤال تقريره ان الماء ايضا في الاية جعل طهورا في حالة مخصوصة كما
ذكرتم وكان الواجب ان تكون النية شرطا فيه وتقريره ان الماء طهور بنفسه اي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج
الى النية كما في ازالة النجاسة العينية وقوله ثم اذا نوى الطهارة ظاهر وقوله هو الصحيح من المذهب
احتراز عما قال به ابو بكر الرازي فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او للجنابة لان التيمم لهما بصفة
واحدة فلا يتميز احدهما عن الاخر الا بالنية كصلاة الفرض عن النافلة ووجهه ما قال في الكتاب ان التيمم طهارة
فلا يلزم نية اسبابها كما في الوضوء قال رحمه الله فان تيمم نصراني يريد به الاسلام نصراني تيمم يريد
به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة اما القربة
فلان الاسلام اعظم القرب واما انها مقصودة فلان المراد بها هاهنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالشروط
واذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم تيمم للصلاة بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف فانه لا يكون
متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شيء آخر ولهما ان التراب ما جعل طهورا
الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح بدونها بخلاف
سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا ولا تصح بدون الطهارة قال في النهاية في
هذا اللفظ اشارة الى ان الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا تصح تلك القربة بدون الطهارة كان متيمما وليس
الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلاة ثم اسلم لا تجوز الصلاة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في
مبسوطه بل المعول في التعليل ان يقال الكافر ليس باهل للنية لانها عبادة والتيمم لا يصح بدون النية
فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق ابو يوسف بين نيته للاسلام ونيته للصلاة فقال يكون متيمما
في الاول دون الثاني وقال لان الاسلام يصح منه فتصح نية التيمم منه للاسلام بخلاف ما لو تيمم بنية
الصلاة لان الصلاة قربة لا تصح من الكافر ولا تصح نية الصلاة فيجعل وجودها هذه النية وعدمها

بمنزلة فيبقى التيمم من غير نية فلا يصح وان توضأ النصراني لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ
عندنا لان النية ليست بشرط عندنا فعدم اهليته لا تضر وقال الشافعي ليس بمتوضئ لان النية شرط
وهو ليس من اهلها فقوله بناء على اشتراط النية دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا فان تيمم مسلم ثم ارتد
والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية
في النكاح بان كانا رضيعين وقد زوج كل واحد منهما بالآخر ابواهما ثم ارضعتهما امرأة فانه يرتفع
النكاح واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست
بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب بانه روي عن زفر في رواية
اخرى اشتراط فيها النية للتيمم وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للصلاة والكافر
ليس باهل لها وكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلا نوى او لم ينو ويستوي فيه الابتداء والبقاء
تمام ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا ومعناه ان التيمم عدم لما وجد لكونه فعلا فعند الكفر
لا يكون التيمم موجودا حتى يبطل لوجود ما ينافيه بل الباقي صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعتراضه
عليه كالاعتراض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك
لعدم وجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله والوضوء والتيمم
من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب بان الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث
كمن توضأ رياء فان الحدث يزول به وان كان لا يثاب على وضوئه قال رحمه الله وينقض
التيمم كل شيء ينقض الوضوء قد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء ولا شك ان الاصل اقوى من الخلف
فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى فكل ما نقض الوضوء نقض التيمم وينقضه
ايضا رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال واسناد النقض الى رؤية الماء اسناد مجازي لان
رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندها والناقض حقيقة
هو الحدث السابق بخروج النجس وقوله لان القدرة هي المرادة قد ذكرناه من قبل وقوله هو غاية
لطهورية التراب سماه غاية من حيث المعنى اذ ليس في لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك والذي
في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم ما لم يجد الماء وكلمة المدة اي ما دام غير واجد للماء ولكن معناهما
يلتقيان في ان الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية قيل لا يلزم من انتهاء طهورية
التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء فانه يصير نجسا بالاستعمال وتنتهي طهوريته
وتبقى الطهارة الحاصلة به واجيب بان الطهارة الحاصلة به صفة راجعة الى المحل وكل ما هو
كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء وخائف العدو سواء كان خائفا على نفسه او على ماله كذا
في شرح الطحاوي والسبع والعطش عاجز حكما لان صيانة النفس وجب من صيانة الطهارة بالماء
فان له بدلا ولا بدل للنفس والنائم يعني من لم يكن مضطجعا ولا مستندا في المحمل فانه اذا كان
كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا يتأتى هذه المسألة قادر تقديرا اي حكما عند ابي حنيفة
فينتقض به تيممه لانه عاجز عن الاستعمال بعذر جاء من قبله فلا يكون معذورا وقيل عندهما لا
ينتقض عند الكل لانه لو تيمم ومر به ما لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل وقال التمرتاشي وفي زيادات

الحلواني في انتقاض تيمم النائم بالماء وانيان من غير ذكر خلاف وقوله والمراد ما يكفي للوضوء يعني
الماء الذي يمر عليه النائم وقد مر لنا من قبل وقوله لان الطيب يعني في قوله تعالى صعيدا طيبا اريد به
الطاهر بالاجماع كما تقدم وقوله ويستحب لعادم الماء ظاهر قيل هذه المسئلة تدل على ان الصلاة
في اول الوقت افضل عندنا ايضا الا اذا تضمن التاخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلاة
باكمل الطهارتين ورد بان هذا ليس مذهبا لاصحابنا الا يرى الى تصريح صاحب الهداية وغيره
من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتاخير العصر
ما لم تتغير الشمس وتقديم المغرب وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل على ما سياتي وقوله لعادم الماء
ليس باحتراز عن غيره بل هو احتراز عن قول انه في من كان عنده ماء ان عادم الماء وان رجا ان يجده
في آخر الوقت يقدم الصلاة وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع بل هو الزام
على انه في لان مذهبه ان التاخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظيره قول الاصحاب في
موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق بين الانزال
وعدمه في الموجبية لا محالة وانما هو احتراز عن قول الانصار وقوله في غير رواية الاصول رواية
الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات
والكيسانيات والهارونيات وقوله لان غالب الرأي كالمتحقق لان الله تعالى سمى غالب الرأي علما
قال فان علمتموهن مؤمنات الاية واوجب العمل بخبر الواحد والقياس لذلك قال الشيخ عبد العزيز
هذا التعليل مشكل لانه يقتضي ان يجب التاخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد المسافة في الرواية
الظاهرة ليصح مقيسا عليه وليس كذلك فانه ذكر في اول الباب ان من كان خارج المصر يجوز له التيمم
اذا كان بينه وبين الماء ميل او اكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على تيقن من وجود
الماء في آخر الوقت او غالب ظنه ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل وان كان اقل لا يجوز وان خاف
فوت الصلاة فلو حمل هذا يعني التعليل على ان المراد ان التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الاصول فالحق
غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم ايضا لانه علل وجه ظاهر الرواية بان العجز ثابت حقيقة فلا يزول
حكمه الا بيقين مثله وذلك يقتضي في حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر
الرواية وليس كذلك على ما بينا ولو حمل على ان هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع اقل من ميل لم
يستقم ايضا لانه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة اقل من
ميل في عدم جواز التيمم كما انه لا فرق بينهما فيما اذا كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح
في آخر هذا الباب انه اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء لا يجزيه التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم انه مشكل بوجه
آخر وهو ان يحمل هذا على ما اذا لم يعلم ان المسافة قريبة او بعيدة فلو ثبت انه تيقن بوجود الماء
في آخر الوقت ففي هذه الحالة يجب التاخير في ظاهر الرواية لانه لما تيقن بوجود الماء في آخر الوقت
فقلما من الفوات ولما لم يثبت بعد المسافة للتشكيك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التاخير اما
لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصول لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية لا يجب
التاخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو

التيقن

التيقن بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التاخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم
عليه انه فرق هاهنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه ان
بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما اذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا قال فالاظهر
بقاء الاشكال ويصلي بتيممه اي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد وفي
متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث
في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع الحدث لم يعد
الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلاة للضرورة فاذا صلى الفرض فقد ارتفعت الضرورة ولا تعود
الا بمجيء وقت آخر وهي في حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فتبقى بالنسبة اليها ولنا انه اي التراب
طهور بشرط عدم الماء بالنص وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء فانه طهور بشرط
كونه طاهرا ويعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت هذه العبادة تقتضي ان يكون وجود الشرط
مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه
وهاهنا كذلك فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز ان يستلزمه
قال رحمه الله ويجوز التيمم للصحيح في المصر الاصل هاهنا ان كل ما يفوت لا الى بدل جاز
اداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلاة الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلاة
العيد تفوت لا الى بدل وقوله للصحيح احتراز عن المريض فانه يجوز له التيمم في المصر وغيره وليا
كان او غيره خاف الفوت او لم يخف وقوله في المصر احتراز عن المفازة لان التيمم فيها جائز وليا
كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا وقوله اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها وقوله
والولي غيره لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة وقوله
خاف فوتها ان تفوته الصلاة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم وقوله وهو اي عدم جواز التيمم للولي
رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله وهو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز
التيمم للولي لما روي ان ابن عباس قال اذا فجئتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل
عليها ولم يفصل بين الولي وغيره وروي عن ابن عمر في صلاة العيد مثله فان احدث الامام او
المقتدي في صلاة العيد وكان شروعه بالوضوء تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء
لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلاة بالجماعة فلا يخاف الفوت ولابي حنيفة
ان الخوف باق لانه يوم ازدحام فلا يؤمن من اعتراض يعتريه مثل ان يسلم عليه احد فيرد السلام
او يهنيه بالعيد فيجيبه او ما اشبه ذلك فتفسد عليه صلاته وهي لا تقضى لانها لم تشرع
الا بجماعة وكان خوف الفوت باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا
عليه الوضوء كان واجدا للماء في صلاته فتفسد صلاته كمتيمم وجد الماء في خلال صلاته فانه
يستأنف الصلاة قيل هذا اختيار بعض المتأخرين ومنهم من قال يتوضأ ويبني لقدرته على
الماء والاداء لما مر ان اللاحق يصلي الى آخره وفرق بين هذا وبين متيمم يجد الماء في خلال الصلاة
بان التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى الابتداء لوجود الحدث عند اصابة الماء لانه

يصير محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند اصابة
الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارئ على التيمم ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ
فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر وفي بعض النسخ صلى الظهر اربعا قيل هو تاكيد وقطع
لارادة الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه وقوله لانها اى الجمعة تفوت الى خلف وهو الظهر يجعل
الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت هو الظهر عند ابي حنيفة وابي يوسف والجمعة خلف عنه
قيل اشارة الى ان قول محمد هو المختار وقيل لانه متصور بصورة الخلف فان الجمعة اذا فاتت
يصلي الظهر وقوله بخلاف العيد يعني بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها تفوت
لا الى خلف حيث لا تقضى وقوله وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ يعني لا يتيمم لسائر الصلوات
المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا يقال هذا قد وقع مكررا لما ان هذا الحكم عرف في اول
الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول
القدوري وقيل لانه علل بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر قال رحمه الله والمسافر
اذا نسي الماء في رحله اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله فاما ان كان عالما بان وضعه بنفسه
او غيره بامره او لم يكن بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق لان
المرء لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه ان الماء قد نفد فعليه الاعادة بلا خلاف
لان التفريط جاء من قبله وان كان نسيانا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت او بعده وهو قول الشافعي لان التيمم لعادم الماء وهذا
ليس بعادم له بل هو واجد له عادة لان الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل
يضاد الذكر فلا ينتفي به الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولان رحل
المسافر معدن الماء عادة وهذا ظاهر وكل ما هو معدن الماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كما
في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه حتى لو جاء قوما ولم يكن عندهم ماء فتيمم قبل طلبه
منهم وصلى ثم علم انه كان عندهم ماء لم تجز صلاته ولهما انا لا نسلم انه واجد لان المراد بالوجود القدرة
كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم وقوله وماء الرحل جواب عن النكتة الثانية وتقريره ان رحل المسافر معدن
الماء عادة معدا للشرب او الاستعمال والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع وقوله ومسألة الثوب
على الاختلاف جواب عن المقيس عليه وتقريره ان الحكم فيه عندنا كالماء فلا ينتهض حجة ولئن سلمنا انه
على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا بطريق المفارقة يعني ان الفرق
بينهما موجود فلم لا يجوز ان يكون الحكم مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس ولو اكد
انه يجعل ممانعة اى شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في
صورة النزاع لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الى آخره وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب
على الظن ان بقربه ماء وقال الشافعي الطلب شرط يمنة ويسرة لقوله تعالى فلم تجدوا وعدم الوجدان
ان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا ان قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا عن قيد الطلب
فيعمل باطلاقه وهذا عادم لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل واجدا

حكما فان الغرض انه ليس ذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ماء لم يجز له التيمم حتى يطلبه
لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم بان
بقربه ماء لم يجز له التيمم فكذا اذا غلب على ظنه والغلوة مقدار رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع
الى اربعمائة ذراع وقوله وان كان مع رفيقه ماء ظاهر وقوله ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي
حنيفة ذكرنا الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين ابي حنيفة وصاحبيه كما
ذكر في الكتاب وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه ماء فعليه ان يسأله الا على قول الحسن بن
زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج وقوله ولو ابى
ان يعطيه الا بثمن المثل هذه على ثلاثة اوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب موضع من المواضع الذي
يعز فيه الماء او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة فان القدرة على البدل قدرة على الماء فيمنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة يمنع
التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر
في نفسه مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير الغبن الفاحش فعن النوادر جعله في تضعيف
الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري يلزمه الشراء بجميع ماله
افراط كما ان قول الشافعي الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك السؤال قليلة كانت او كثيرة تفريط
نظرا الى اعتبار خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن الفاحش واليسير متوسط في الشرع
فالمصير اليه اولى

باب المسح على الخفين

انما اعقب المسح على الخفين التيمم لان كل
واحد منهما طهارة مسح او لانهما بدلان عن الغسل ومن حيث انهما رخصة موقتة الى غاية
وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل البعض والمسح على الخفين جائز بالسنة اى بقول النبي
صلى الله عليه وسلم وفعله والاخبار فيه مستفيضة اى كثيرة شائعة فعلا وقولا اما الفعل فقد رواه
ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة انه صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه واما القول
فقد روى عمر وعلي وجماعة من الصحابة انه صلى الله عليه وسلم قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر
ثلاثة ايام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب
الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت
نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني ربي وعن صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا او مسافرين ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا عن جنابة
ولكن من غائط وبول ونوم وقال الحسن البصري ادركت سبعين نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل
ضوء النهار وقال ابو يوسف خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين
اي لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر
ومما يدل على انه مبتدع ما روي عن ابي حنيفة انه سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال
هو ان يفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر على سائر الصحابة وان يحب الختنين يعني عثمان وعليا

وان يرى المسح على الخفين فان قلت فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة انهم انكروا المسح على
الخفين قال ابن عباس لان امسح على ظهر عير في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت
عائشة رضي الله عنها لان تقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين قلت قد صح من رجوعهم الى
جوازه اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عائشة فقد صح
انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعها ايضا
شريح بن هانئ قوله لكن من رآه استدراك من قوله ان من لم يره كان مبتدعا وقوله كان مأجورا
قيل هذه رواية خالفت رواية اصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالصلاة
في السفر والعزيمة لم تكن مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع واجيب بانه انما يكون كذلك
ما دام المكلف به متخففا فاما اذا نزع خفيه او احدهما ولذلك لا محالة الخفة فلا يجوز المسح حينئذ
فلم يكن من ذلك النوع وصار ذلك كمن ابطل سفره فانه سقط عنه سبب رخصة سقوط شطر
الصلاة وهذا اللفظ اعني قوله كان مأجورا اتى به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فتابعه
المصنف ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة ان ابا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل
يرى المسح على الخفين الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي
ان يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من الروافض واما لان قوله وارجلكم قرئ
بالخفض والنصب فينبغي ان يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير
عاملا بالقراءتين فمن المحق منهما قلت ان حملت قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يتركه
بالكلية توافقا فانه ليس في كلام المصنف ما يدل على ان مراده ان لا يمسح اصلا بالعزيمة على
الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع قال رحمه الله
ويجوز من كل حدث موجب للوضوء خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازا عن الجنابة
على ما يجيء وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط لوجوبه
فجاز ان يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر قوله وبحدث متاخر اي وخصه بحدث متاخر
عن الوضوء لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لا رافعا للحدث لان الرافع هو المطهر
والخف ليس كذلك قوله ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم يسيل
ثم خرج الوقت وتوضأت فانها لا تمسح لان بخروج الوقت ظهر الحدث السابق وكذلك المتيمم
اذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لانه برؤية الماء ظهر الحدث السابق فلو جاز المسح كان الخف
رافعا وليس كذلك وقوله ثم خرج الوقت اشارة الى ان لها ان تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا
الحكم مخصوصا فيما ذكره وهو اللبس على السيلان بل لو كان الدم سائلا عند الوضوء دون اللبس
او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس جميعا فانها والصحيحة
سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان الثابت
من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المصنف
من قوله لا يفيد اشتراط الكمال ان كان هذا التقرير ففي كلام القدوري تسامح وان كان غير ذلك

فيحتاج

فيحتاج الى بيان لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتأمل وقوله حتى لو غسل رجليه قبل
لا يصلح ان يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح هنا
باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس وانما
تظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل احدى رجليه
ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال الشافعي
ان لم ينزع الخف الاول لا يجوز له المسح وان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون
لبسه بعد اكمال الطهارة ويجوز ان يقال لما اثبت المصنف بالدليل فيما تقدم ان الترتيب
في الوضوء ليس بشرط صح ان يبني هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل على ما هو المذهب
بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر مما مر وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم
يراعى كمال الطهارة فيه وقت المنع عن حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا
حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم وهو شرع مانعا لا رافعا ولقائل ان يقول لا نسلم انه يكون
رافعا بل يكون مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل فاذا انضم اليه غسل بقية
الاعضاء ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني عن اعضاء الوضوء وكان مانعا
لا رافعا والجواب انا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة كاملة وان اختلفنا في وقتها
فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لزم ان يكون الخف رافعا للحدث الحكمي الحال بالقدم
لانه وان زال بالماء حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي وعن بقية الاعضاء ايضا ليرد المسح على
طهارة كاملة فكان رافعا لا مانعا ولزم الخلف فان قلت هذا يقتضي وجود الطهارة الكاملة
وقت الحدث ونحن لا نمنع ذلك وانما نقول انها لا تكفي بل يحتاج الى وجودها وقت اللبس ايضا
وما ذكرتم لا يدفع ذلك قلت هذا ناهض ولا دافع له في كلام المصنف ودافعه ان وجودها
يحتاج اليه عند طريان ما يزيلها وهو الحدث تحقيقا للازالة واما قبل ذلك فهي مستغنى عنها
فلا فائدة في اشتراطها قال رحمه الله ويجوز للمقيم يوما وليلة يجوز المسح للمقيم
يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها وقال مالك في رواية عنه المقيم لا يمسح اصلا والمسافر
مسحه مؤبد وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر واحتج للاولى في المقيم بان المسح للضرورة ولا
ضرورة في المقيم وفي المسافر بحديث عمار بن ياسر قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوما
قال نعم فقلت يومين قال نعم حتى انتهيت الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك
وللثانية بما روى سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان وجماعة من الصحابة
فانهم رووا المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولنا الحديث
المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها رواه
عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وابو بكرة وغيرهم من الصحابة والمشهور لا
يترك بالشاذ قال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود قد اختلف في اسناده وليس
بقوي وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري

حديث مجهول على أن تأويله أن مراده صلى الله عليه وسلم بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ لا
أن لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فإنه يلبس الخف حين يصبح
ويخرج لحوائجه ويشق عليه النزع قبل أن يعود إلى بيته ليلاً وابتداؤها أي ابتداء مدة المسح
عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما ذهب إليه الحسن البصري مستدلاً بأن جوازه بسببه فيعتبر
من وقته ولا من حين المسح كما ذهب إليه الأوزاعي وأبو ثور وأحمد في رواية محتجين بأن التقدير
لأجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم أحدث بعد طلوع
الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم إلى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو
ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني وعلى القول الثاني إلى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو
وقت اللبس وعلى القول الثالث إلى ما بعد الزوال من اليوم وهو وقت المسح والصحيح قول العامة
لأن الخف مانع سراية الحدث أي وصوله إلى الرجل والمانع عن الشيء إنما يكون مانعاً حقيقة عند طريان
الممنوع والحقيقة أولى بالاعتبار فتعتبر المدة من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطاً بالأصابع
قال الشافعي وهو قول مالك السنة مسح أعلى الخف وأسفله لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
مسح أعلى الخف وأسفله وفي قوله خطوطاً بالأصابع وهو منصوب على الحال بمعنى مخططاً احتراز
عن قول عطاء فإنه يقول بالتثليث في المسح اعتباراً بالغسل وذلك لأن الخطوط إنما تبقى إذا مسح مرة
واحدة وكيفيته ذلك أن يبدأ فيضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الأيمن وأصابع يده اليسرى
على مقدم خفه الأيسر ويمدهما إلى الساق فوق الكعبين ويفرج بين أصابعه ولو وضع الكف مع
الأصابع قيل كان أحسن لأن الدليل الدال على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة أن النبي صلى الله
عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما يشير إلى ذلك حيث قال وضع يديه
ولم يقل أصابعه وما رواه من أنه عليه السلام مسح أعلى الخف وأسفله فقد طعن فيه أئمة الحديث
مثل أبي داود والترمذي وغيرهما وإن صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الأصابع توفيقاً بين الأدلة
ثم المسح على الظاهر حتم أي واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافاً للشافعي في قول وقوله
لأنه معدول به عن القياس إذ القياس أن لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها
كما أشار إليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره ولكني
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وإنما كان الرأي ذلك لأن الخف
يلاقي الأرض بما عليها من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهره وإذا كان معدولاً به عن القياس يراعى
جميع ما ورد به الشرع والبداءة من الأصابع استحباباً حتى لو بدأ من الساق جاز أيضاً ووجه
الاستحباب الاعتبار بالغسل لأن الله تعالى جعل الكعب غاية ولقائل أن يقول الشرع ورد بمد اليدين
من الأصابع إلى أعلاهما وكان الواجب أن تكون البداءة بالأصابع حتماً لا استحباباً كالمسح على ظاهرهما
فالاعتبار بالأصل ترك لما ورد به الشرع وكذلك التقدير بثلاث أصابع على ما نذكره ترك له فإنه
عليه السلام مد من الأصابع إلى الساق والجواب ما روي أنه عليه السلام مسح على خفيه من غير ذكر مد
إلى الساق فجعل المفروض أصل المسح مقدار ثلاثة أصابع والبداءة سنة جمعاً بين الأدلة وأما

التقدير بثلاثة أصابع فلإشارة قوله عليه السلام خطوطاً بالأصابع فإن أقل الجمع ثلاثة واختلف
في الأصابع فذهب عامة علمائنا إلى أنها أصابع اليد وقال الكرخي أصابع الرجل لأن الممسوح يقع عليه
وهو أكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق والأول أصح اعتباراً لآلة المسح فإن المسح فعل
يضاف إلى الفاعل لا إلى المحل فتعتبر الآلة كما في الرأس وذكر ابن رستم عن محمد أنه إذا وضع ثلاثة أصابع
وضعاً أجزأه قال القدوري هذا دليل على أنه مقدر بأصابع اليد وعن هذا قال في التحفة سواء كان
المسح طولاً أو عرضاً لأن قوله لو وضع ثلاثة أصابع وضعاً لا يتقيد بشيء من الطول والعرض قال
رحمه الله ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير روي كثير بالثاء المنقوطة من فوق وكبير بالباء
المنقوطة من تحت والأول يقابل القليل والثاني يقابل الصغير وقوله من بعد وإن كان أقل
من ذلك يرجح الأول وفي هذه المسألة أربعة أقوال الأول شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب
زفر والشافعي والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك والثالث
الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو استحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم
ومسح ما لم يظهر وهو قول الأوزاعي وجه الأول القياس لأن الكثير لما كان مانعاً كان اليسير كذلك
كالحدث ووجه الثاني أن الخف يمنع سراية الحدث إلى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح
عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان أن الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فإن الخف وإن كان جديداً
فآثار الدروز والأشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفواً
ولا يخلو عن الكثير فلا حرج وما ذكره من اعتبار أصابع الرجل وهو رواية الزيادات لأن الخرق إذا
كان مقدار ثلاثة أصابع منع قطع السفر وقطع السفر إنما يتحقق بالرجل فيعتبر أصابعها وقوله
هو الصحيح احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن المعتبر ثلاث أصابع اليد لأنه
آلة المسح وعما قال شمس الأئمة الحلواني المعتبر في الخرق أكبر الأصابع وإن كان الخرق عند أكبرها
وأصغرها إذا كان عند أصغرها وقوله لأن الأصل دليل على المقدار والصغر وقوله ولا معتبر
بدخول الأنامل ظاهره ولم يذكر إذا كان يبدو قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح
وإليه أشار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط أن يبدو قدر ثلاث أصابع بكمالها وإليه
مال شمس الأئمة الحلواني وقال في النهاية وهو الأصح وقوله ويعتبر هذا المقدار في كل خف على
حدة فيجمع الخرق في خف واحد لأنه يمنع قطع السفر به ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع
السفر بالآخر واعترض قيل ينبغي أن يجمع في الخفين أيضاً لأن الرجلين صارتا كعضو واحد لدخولهما تحت
خطاب واحد وأجيب بأنهما صارا كعضو واحد في حق حكم شرعي والخرق أمر حسي فلا يكونان فيه كعضو
واحد كما في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الأصابع إلى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لأنه كعضو
واحد ولو مده من إحدى الرجلين إلى الأخرى لم يجز والحاصل أن للرجلين شبهاً بعضو واحد من حيث دخولهما
تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظراً إلى الشبه
الثاني وبعدم غسل ما في الخرق دون الآخر نظراً إلى الشبه الأول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو
واحد وقوله بخلاف النجاسة يعني إذا كان في أحد الخفين نجاسة قليلة وفي الآخر كذلك يجمع بينهما لما ذكر

في الكتاب وان انكشاف العورة نظير النجاسة فان المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما ان المانع
حمل النجاسة وقد وجد ووجه الرابع واضح وقوله ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل
قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ماء يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال
فانه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته
غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك وفي الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكنه الجمع
بينه وبين مسح الخف وعشال بالعين المهملة بيان الغسل والاستدلال بظاهر لكنه يقتضي
النصوص فان السلب يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج
الى التصور وقوله ولان الجنابة لا تتكرر عادة لان شرعية المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو
الحدث دون الجنابة قال رحمه الله وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء كل ما ينقض
الوضوء ينقض المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن
ناقضا له بل ناقضا لبعضه هذا خلف باطل وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق بخروج
النجاسة من بدن الانسان كان ممتنع العمل بوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث
الى القدم وعمل عمله وهذا كما ترى على طريقة تخصيص العلل والمخلص معلوم وكذا نزع احدهما
ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل
الرجلين وقيد بالواحدة لانهما في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الراس والرجلين
وكذا مضي المدة لما رويناه من رواية صفوان ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على
الخفين قائم مقام غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لم يجب عليه غسل الرجلين
فكذا هذا والجواب انه قائم مقامه شرعا في وقت مقدر فاذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم وقوله
واذا مضت المدة قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله وكذا مضي المدة واجيب بانه ذكره تمهيدا لما
رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه الى آخره وقوله وليس عليه اعادة بقية الوضوء احتراز
عن قول الشافعي فانه يقول عليه ان يعيد الوضوء لان طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي مدة المسح
وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى فصار كالمنتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس والمضي
ليس كذلك وانما سرى حدث كان قبل ذلك الى الرجلين خاصة لان غسل سائر الاعضاء قد وجد
عن ذلك سواها فلا يجب غسلها ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقها وكان هذا كمن توضأ ولم يغسل
رجليه يجب غسلهما وقد روي عن ابن عمر انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد
الوضوء وهكذا روي عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله وكذا اذا نزع قبل المدة
معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء وقوله لان عند النزع دليل مضي المدة والنزع قبل المدة
وقد قررناه آنفا في نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا مسح الراس
ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه اعادة المسح واجيب بان الشعر من الراس خلقة فمسحه مسح الراس
بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته شرعا فاذا زال سرى الحدث اليه وحكم النزع وهو النقض
يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا اعتبار به او الساق على ما قيل المذكور لا معتبر به في حق المسح لانها

لبست لمحله وما لا معتبر به في حقه فالخروج اليه ناقض كخروجها من الخف وقوله وكذا باكثر
القدم اي يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم الى ساق الخف هو الصحيح هذا هو المروي عن ابي يوسف
وهو قول الحسن بن زياد ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه ربما يحصل بدون
القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب واذا وضعها عادت العقب
الى مكانها فلو قلنا ينقض المسح فيه حرج وقع الناس في الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه
ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة اذا خرج اكثر العقب من موضعه الى الساق بطل مسحه يعني به
اذا بدا له نزع الخف فحركه للنزع حتى زال عقبه واما اذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل
اجماعا دفعا للحرج كما ذكرنا ووجه قوله ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق
بزوال العقب او اكثرها الى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه
المسح جاز والا فلا يعني اذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار محل ما يكفي المسح
لان خروج ما سواه كلا خروج قال رحمه الله ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فهذه على اوجه
ثلاثة في وجه تتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر قبل ان تنتقض الطهارة التي
لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه تتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق
وفي وجه لا تتحول بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعد ما احدث وبعد ما استكمل مدة المقيم وفي وجه
وهو ما اذا سافر بعد ما احدث قبل استكمال مدة المقيم تتحول عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال
المسح عبادة شرع فيها على حكم الاقامة وكل ما شرع فيها على حكم الاقامة لا تتغير بالسفر كما اذا
شرع في الصوم وهو مقيم ثم سافر وكما اذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر ثم تسير السفينة
فلا يصير مسافرا في صلوته فانها لا تتغير لان حال الاقامة حال العزيمة وحال السفر حال رخصة
فاذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر
فيمسح كسائر المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض
اذا طهرت فيه تجب عليها الصلاة والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر اذا اقام
في آخر الوقت يتم والمقيم اذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلاة لانهما لا يتجزيان فاعتبار
الاقامة في اول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر في آخره يبيح فيترجح جانب الحرمة وكذلك في
الصلاة يترجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فمما يتجزى فلم تجتمع الاقامة والسفر في وقت
واحد فكان الاعتبار للموجود وهو السفر وقوله بخلاف ما اذا استكمل الى آخره ظاهر وقوله ومن
لبس الجرموق يعني قبل ان يحدث مسح عليه والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف
وقال الشافعي لا يمسح عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني بالرأي فان الشرع
ورد بالمسح على الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالرأي
وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الجرموقين وقال محمد
في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم انه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا
وغرضا اما استعمالا فانه يدور مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا واما الغرض

فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك لما وجب المسح
على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح
عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب اعادة المسح واجيب بان الجرموق ليس بتبع من حيث الاصل لا بد انه لو لبسه
منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال والغرض كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار
تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث بما تحته فيجب اعادة
المسح واما طاق الخف فلشدة اتصال احدهما بالاخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم انه اذا مسح على
الرأس ثم حلقه لا يجب عليه الاعادة وقوله وهو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم البدل لا يكون
له بدل وتقريره انا لا نسلم انه بدل الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم المسح
بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك وكان بدل الخف
ولزم بدل البدل واجيب بانه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فاذا نزع زالت البدلية عنه وحل
الحدث بالخف فكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك ولزم المسح عليه وقوله ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز
قال رحمه الله ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة المسح على الجوربين على ثلاثة اوجه
في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا
ثخينين ولا منعلين وفي وجه لا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وهو ان يكونا ثخينين غير
منعلين يقال جورب منعل ومنعل اذا وضع على اسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد هو الذي
وضع الجلد اعلاه واسفله وقوله لا يشفان تاكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى رايت
ما وراءه من باب ضرب لهما حديث ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين
ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق من غير ربط فاشبه الخف فيلحق
به ولابي حنيفة رحمه الله ان الالحاق انما يجوز اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف
يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى على ان ابا داود
طعن وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي وعن ابي حنيفة انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده
فعلت ما كنت امنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قال المصنف وعليه الفتوى قوله ولا يجوز
المسح على العمامة المراد به نفي قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر
قالوا صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع
الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤسكم
يقتضي عدم جواز غير الرأس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز او هو
منسوخ قال محمد اخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رايت صفية ابنة ابي عبيد توضأ وتنزع خمارها
ثم تمسح برأسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال محمد بهذا ناخذ لا نمسح على خمار ولا عمامة بلغنا
ان المسح على العمامة كان فترك والقفاز بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون
له ازرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها كذا في الصحاح وقوله ويجوز المسح على
الجبائر قال قاضيخان اذا كان يضره المسح على الجراحة واما اذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر والجبائر

جمع جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام وانما قال وان شدها على غير وضوء لانها انما
تربط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي الى الحرج فلا يعتبر والاصل في
ذلك ما قال في الكتاب ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل وامر عليا به حين كسر زنده يوم احد وقيل يوم
خيبر فانه كان حامل راية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال
عليه السلام اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقال ما اصنع بالجبائر فقال
عليه السلام امسح عليها من غير فصل بين الفاسد وغيره وقوله ولان الحرج فيه ظاهر وارى
في قوله ويجوز المسح اشارة الى ان مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد
اختلفت فقال في شرح الطحاوي والتجريد المسح على الجبائر ليس بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره
بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز الصلاة بدونه خلافا لهما فان امر عليا به والامر
للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا
يرشد الى ان الامر للاستحباب وقوله ويكتفى بالمسح على الاكثر كما لم يذكر في ظاهر الرواية انه اذا مسح
على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه او لا وذكر في امالي الحسن بن زياد انه ان مسح على الاكثر اجزاه
وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الرأس والمسح على الخفين حيث لا يشترط
فيهما الاكثر ان مسح الرأس شرع بالكتاب والباء دخلت في المحل فاوجبت تبعيضه والمسح على الخفين ان كان
بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فهي اوجبت مسح البعض فاما المسح على الجبائر
فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبئ عن البعض الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج
واقيم الاكثر مقامه وقوله ولا يتوقت بيان الفرق بين مسح الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم
من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخف من غير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت
بوقت معلوم لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر ولا خبر والمقادير لا تعرف الا سماعا
فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان سقطت عن غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه
اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على
جبيرة احدى الرجلين لا يجزئه المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين
المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلاة استقبل لانه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال صلاته فانه يستقبلها كذلك
قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبين جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان
جهة التحري بدل عن جهة الكعبة واجيب بان ذلك بطريق النسخ لا قبله لما ان اصله كان بطريق النسخ
فيبقى في حق التحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الفائت فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم
من ذهب الى الثاني ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب لان المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس
وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون
النفاس لكثرته او لكونها حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس والحيض لغة هو الدم الخارج ومنه

حاضت الارنب وعند الفقهاء دم ينفضه رحم امرأة سليمة عن الداء والصغر قوله السليمة
عن الداء احتراز عن النفاس وقوله والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب
الطهر حقيقة او حكماً وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلثة ايام ولياليها
وما نقص من ذلك فهو استحاضة عندنا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم
الثالث وقال مالك ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي يوم وليلة لنا ما روى ابو امامة الباهلي وعائشة
وواثلة وانس وابن عمر انه صلى الله عليه وسلم قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها
واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك
والمروي عنهم كالمروي عن النبي عليه السلام لان المقادير لا تعرف قياساً ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على
الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع عشرة ساعة على
ما ذكره في النوادر مقام الكمال ولمالك ان هذا نوع حدث فلا يتقدر اقله بشيء كسائر الاحداث
وللشافعي ان السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا ان الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار
بشيء آخر والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة
وقال الشافعي خمسة عشر يوماً وهو قول ابي حنيفة الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دينهن
المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف
ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وليس
المراد بالشطر حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء
من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر حيضاً واذا قدرنا بالعشرة بهذه الاثار كان مقارباً
للشطر وحصل التوفيق ومن المتأخرين من التزم ان المراد بالشطر حقيقته وقال هو حاصل فيما
قلنا فان المرأة اذا بلغت بخمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام ثم ماتت بعد ستين سنة
كانت تاركة للصلوة شطر عمرها قوله وما تراه المرأة بيان الوانه وهي ستة السواد والحمرة والصفرة
والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال في كونه حيضاً لقوله صلى الله عليه وسلم
دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة يضرب الى السواد واما الحمرة فهي اللون الاصلي
للدم الا انه عند غلبة السوداء يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين
ذلك لمن افتصد والصفرة ايضاً من الوان الدم اذا رق وقيل هي كصفرة السن او كصفرة القز واما
الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد حتى ترى البياض خالصاً
سواء رأت في اول ايامها او في آخرها وقال ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضاً الا بعد الدم لانه لو كان
من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي لان الكدرة من كل شيء تتبع صافيه فلو جعلناها حيضاً
ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعاً ولهما ما روي ان عائشة جعلت ما سوى البياض
الخالص حيضاً حدث مالك في موطاه عن علقمة ابن ابي علقمة عن امه مولاة عائشة ام المؤمنين رضي الله
عنها انها كانت النساء يبعثن الى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها
عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد شيء

يخرج

يخرج من اقبال النساء بعد انقطاع الدم شبه الخيط الابيض وقيل هي الجص شبهت
الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض قيل ويعتبر
اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا يعني ما
فعلت عائشة لا يعرف الا سماعاً فيحمل على انها سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض
وهو اقوى من فعل عائشة فلا يجوز تركه به اجيب بانه من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا
دلالة له على نفي ما عداه وقوله وفم الرحم منكوس جواب عن قول ابي يوسف لتأخر خروج الكدر عن
الصافي وكانه قول بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كان كالجرة ثقب
اسفلها فان الكدرة تخرج اولاً واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجوده وقال مستبعد
كانها اكلت قصيلاً وذكر ابو علي الدقاق ان الخضرة نوع من الكدرة قال المصنف ان كانت المرأة
من ذوات الاقراء كانت حيضاً ويحمل على فساد الغذاء كانها اكلت غذاء فاسداً افسد صورة
دمها وان كانت كبيرة اي آيسة وهو ان تكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين
وقيل في سبعين لا يكون حيضاً ويحمل على فساد المنبت فان الدم في الاصل لا يكون اخضر ولم يذكر
المصنف التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة
فهي على الاختلاف المذكور وروي التريبة بوزن التريعة والتربية بوزن الترعية وهي لون
خفي يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل هي من الرؤية لانها على لونها ولم يذكر ان الحيض اختلفوا
في ادنى مدة يحكم ببلوغها اذا رأت الدم فيها قال ابو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رأت
الدم وتمادى بها ثلثة ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع سنين
وابو علي الدقاق بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل قال رحمه الله
والحيض يسقط عن الحائض الصلاة هذا بيان احكام الحيض قال في النهاية وغيرها انها اثنا عشر
ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس واربعة مختصة بالحيض دون النفاس فاما الثمانية فترك
الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت
وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل
عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المخصوصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها
والفصل بين طلاقي السنة والبدعة فالسبعة الاولى تتعلق ببروز الدم عندهما وزفر
موضع البكارة وعن محمد انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضأت ووضعت الكرسف ثم
احست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم
تام وعن محمد في غير ظاهر الرواية انها تقضيه والثاني يتعلق بنصاب الحيض ويستند الى ابتدائه
والاربعة الباقية تتعلق بانقضائه قوله يسقط على مذهب القاضي ابي زيد على حقيقته لان عنده
نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر
واما على قول غيره فيكون يسقط مجازاً للمنع وانما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط اشارة

الحائض تقضي قبل المبتداة اذا رات دما تركت الصلاة والصوم عند الثلث تخريجا وعن ابي حنيفة
حتى يستمر الدم ثلاثة ايام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لقول عائشة رضي الله عنها روي ان
امراة سالتها قالت ما بال الحائض تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت احرورية
انت كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة فان
قيل وجوب القضاء يبتني على وجوب الاداء في الاحكام فكيف تخلف هذا الحكم ههنا اجيب بان الاصل
ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس قوله ولان في قضاء الصلوات حرجا ظاهر وعدم وجوب
قضاء الصلوات ليس يحتاج الى دليل لانه على الاصل وانما المحتاج الى ذلك اقتضاء الصيام وقد
انضاف الى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب ولا تدخل المسجد وكذلك الجنب لما ذكر في السنن
مسندا الى عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد
لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور فانه
لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام ولا تمسك له بقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل
لان اهل التفسير قالوا الا ههنا بمعنى ولا اولان المراد بالصلاة حقيقتها اذ الكلام للحقيقة
وقوله الا عابري سبيل اي الا مسافرين والمسافر يسمى عابرا فيكون معناه والله اعلم الا مسافرين
فانه يباح لهم الصلاة قبل الاغتسال بالتيمم وصورة هذه المسئلة ما قال في المبسوط مسافر
مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد عندنا وقال الشافعي جاز
ان يدخل مجتازا ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد قيل فاذا كان الطواف في المسجد كان الحكم
معلوما من قوله ولا تدخل المسجد واجيب بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون عند الطهارة فيتوهم
جواز الطواف وليس كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهر ولو علل بقوله لان الطواف
بالبيت صلاة كان اشمل واندفع السؤال وقوله ولا ياتيها زوجها اي لا يطاها ظاهر وليس للحائض
والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا يقرا الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك
فانه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة الى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه
قادر عليه بالغسل او التيمم وهو اي الحديث باطلاقه اي بعمومه لان شيئا نكرة في سياق النفي تتناول ما
دون الاية فيمنع عن قراءتها كالاية فيكون حجة على الطحاوي في اباحة قراءة ما دون الاية للحائض والنفساء
والجنب مستدلا بان المتعلق بالقرآن حكمان جواز الصلاة ومنع الحائض عن القراءة ثم في احد الحكمين يفصل
بين الاية وما دونها فكذلك في الحكم الاخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الاية ايضا على قصد قراءة
القرآن كما يمنع عن قراءة الاية التامة لان الكل قرآن فاما لم يقصد القراءة نحو ان يقرا الحمد لله شكرا للنعمة فلا
باس به وذكر الحلواني عن ابي حنيفة لا باس للجنب ان يقرا الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا افتي
بهذا وان روي عنه قيل والمختار الجواز وليس لهم اي للحائض والنفساء والجنب مس المصحف الا ان يكون طاهرا
وذلك لقوله عليه السلام رواه مالك في الموطا والدارقطني فان قلت ما بال المصنف لم يستدل بقوله
تعالى انه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه الا المطهرون فانه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير
الطاهر قلت لان بعض العلماء حملوه على الكرام البررة فكان محتملا فترك الاستدلال به وقوله

ثم الحدث

ثم الحدث والجنابة حلا اليد لا الاخر ولبيان مشاركتهما في حرمة المس وافتراقهما في حكم القراءة وقوله
لا يثبت حكم الحدثين في اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث
لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرا او يده ليمس وغسل المحدث يده ليمس
لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث في هذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزى وجودا ولا
زوالا وغلافه ما كان متجافيا عنه اي متباعدا بان يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس ولا
يكون متصلا به كالجلد المشرز فينبغي ان لا يكون تابعا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشرز
قال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الكم
وقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح والتريب بوزن ... وهي لون خفي ... اقل من صفرة
وكدرة وقيل هي من الرتبة لانها على لونها ولم تبلغ ... وان الحيض واختلفوا في ادنى مدة يحكم
ببلوغها اذا رات الدم فيها قال ابو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رات الدم وتمادى بها ثلاثة
ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع سنين وابو علي الدقاق بثنتي
عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل قال رحمه الله والحيض يسقط عن
الحائض الصلاة هذا بيان احكام الحيض قال في النهاية وغيرها انها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض
والنفاس واربعة مختصة بالحيض دون النفاس فاما الثمانية فترك الصلاة لا الى قضاء وترك
الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة
مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس
واما الاربعة المخصوصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق
السنة والبدعة فالسبعة الاولى تتعلق ببروز الدم عندهما وذكر في موضع الطهارة وعن
محمد انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضات ووضعت الكرسف ثم احست بنزول الدم
من الرحم الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعته الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعن محمد
في غير ظاهر الرواية انها تقضيه والثامن يتعلق بمضيها في الحيض ويستند الى ابتدائه والاربعة
الباقية تتعلق بانقضائه قوله يسقط على مذهب القاضي ابي زيد على ان الجلد تبع للمصحف والكم
تبع للحامل والخريطة ليست بتبع لاحدهما فقوله هو الصحيح الاول رد للاول وقوله وهو الصحيح
الثاني رد للثاني وقوله بخلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث يرخص لاهلها في مسها
بالكم لان فيه ضرورة وفيه اشارة الى ان مسها بلا طهارة مكروه وقوله ولا باس بدفع المصحف
الى الصبيان معناه لا باس بان يدفع الطاهرون المصحف الى الصبيان المحدثين لانه لو لم يكن
كذلك فاما ان يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن او يؤمروا بالتطهير وفيه حرج عليهم
لانهم لم يكلفوا بذلك ويجوز ان يكون معنى قوله وفي الامر بالتطهير وفي امر الاولياء بتطهير الصبيان
كنهيهم عن لباس الذكور منهم الحرير حرج بالاولياء والمعلمين الدافعين وقوله وهو الصحيح احتراز
عما روي عن بعضهم ايضا ان دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن اليهم مكروه بناء على ان

ان الانوثة مكلف بعلم الدفو قال رحمه الله واذا انقطع دم الحيض اذا انقطع دم الحيض
لاقل من عشرة ايام وكان عند تمام عادتها لم يحل وطئها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة ويقل اخرى
اي يسيل تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجوده اذا زاد على زمان
عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطئها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة ولو لم تغتسل ومضى
عليها ادنى وقت الصلاة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطئها لان الصلاة صارت دينا
عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا تصح حال كونها حائضا
دل انه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ او يمضي عليها وقت صلاة كامل وقيل عليه ان كان كامل صفة
للوقت كان مرفوعا وليس بمرضي وان كان صفة للصلاة كان الواجب كاملة واجيب بانه صفة للوقت
والجر للجوار كما في جحر ضب خرب ومعناه الكمال في السببية فانه اذا انقطع الدم في اخر الوقت بحيث
تتمكن ان تغتسل وتتحرم للصلاة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلاة عليها كما ان مضي كمال
الوقت عليها وهي منقطع الحيض كامل في ذلك وليس معناه ان مضي كمال الوقت على معنى انه انقطع
دمها في اول الوقت ودام الانقطاع حتى مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان
ووجوب الصلاة وعلى هذا لا فرق في العبارتين من حيث المعنى الا ان الاولى اوضح في تاديته وقوله
ولو كان انقطع الدم دون عادتها ظاهر وقوله فوق الثلاث مستغنى عنه خارج مخرج الغالب وان
انقطع الدم لعشرة ايام حل وطئها قبل الغسل وحل الوطي ليس بمتوقف على انقطاع الدم لكن ذكره
بمقابلة قوله اولا واذا انقطع وذلك لما ذكر انه لا مزيد للحيض على العشرة وتجب عليها الصلاة لانا
تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فاذا ادركت جزءا من الوقت قليلا كان او كثيرا كان عليها
قضاء تلك الصلاة بخلاف ما اذا كان ايامها دون العشرة فان فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا بد
من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتتحرم للصلاة لتحصيل مدة لجزء من الوقت بعد الطهارة يجب
عليها قضاء تلك الصلاة وقوله الا انه لا يستحب استثناء من قوله حل وطئها يعني انه لا يستحب وطئها
قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد فان ظاهر النهي فيها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال
في الحالين باطلاقه كما قال زفر والشافعي قال رحمه الله والطهر المتخلل بين الدمين في مدة
الحيض اذا احاط الدم طرفي مدة الحيض كان كالدم المتوالي في رواية محمد عن ابي حنيفة ووجهه ما ذكره
في الكافي ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله واخره والطهر المتخلل بينهما تبعا لهما
كالنصاب في باب الزكاة فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول ولا النقصان في خلاله الا يضر
مثاله مبتداة رات يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة الدم
بطرفي العشرة فلو رات يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن ابي يوسف رحمه الله
وهي رواية عن ابي حنيفة وقيل هو اخر قول ابي حنيفة ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل
بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين لان اقل مدة الطهر الصحيح
خمسة عشر يوما فلذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان
كالدم المتوالي مثاله مبتداة رات يوما دما واربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من اول ما رات عنده

حيض

حيض بحكم ببلوغها به وكذلك اذا رات يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما قوله والاخذ بهذا
القول اي قول ابي يوسف ايسر يعني للمفتي والمستفتي لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها
واعلم ان احاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد الطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا
لا يجوز بداءة الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدا بضده ولا يختم
به وعند ابي يوسف لطرفي الطهر المتخلل وعلى هذا يجوز بداءة الحيض بالطهر وختمه به ايضا فيجوز
بداءته به اذا كان قبله دم فقط ولا يختم به حينئذ ويجوز ختمه به اذا كان بعده دم لا قبله مثال
قول ابي يوسف من المسائل امراة عادتها في اول كل شهر خمسة فرات قبل ايامها بيوم يوما دما
ثم طهرت خمستها ثم رات يوما دما فعنده خمستها حيض اذا جاوز المرئي عشرة لاحاطة الدمين
بزمان عادتها وان لم تر فيه شيئا واما اذا لم يجاوز فيكون جميع ذلك حيضا وكذلك لو رات قبل
خمستها يوما ثم طهرت اول يوم من خمستها ثم رات ثلاثة ايام دما ثم طهرت اخر يوم من خمستها ثم
استمر بها الدم فحيضتها خمستها عنده وان كان ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم
قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلاثة لا يكون فاصلا بالاتفاق وما دون
خمسة عشر كذلك عند ابي يوسف كما مر انفا وعند محمد اذا بلغ ثلاثة فصاعدا فان استوى الدم
والطهر في ايام الحيض او غلب الدم فكذلك وان غلب الطهر صار فاصلا وحينئذ ان لم يمكن
جعل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء منه حيضا وان امكن ذلك جعل حيضا سواء كان
المتقدم او المتاخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل اسرعهما امكانا حيضا فقط اذ لم يتخلل بينهما
طهر تام مثاله مبتداة رات يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رات يوما دما
وثلاثة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا لغلبة الطهر وان رات يوما دما وثلاثة طهرا ويومين
دما فالستة كلها حيض لاستوائهما فغلبنا الدم لما ان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة
واعتبار الطهر يوجب حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما في التحري في الاواني
فان الغلبة اذا كانت للنجاسة او كانا سواء لا يجوز التحري فهذا مثله وان رات ثلاثة دما وخمسة
طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الاولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده
يمكن ان يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رات يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فحيضها
الثلاثة الاخيرة لما بينا ولو رات ثلاثة دما وستة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاولى
لانه اسرعهما امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر فلم لم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استواءهما
انما يعتبر في مدة الحيض واكثر الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم دم
فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا قال رحمه الله واقل الطهر خمسة عشر يوما اي اقل الطهر
الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي والظاهر انه منقول عن النبي
صلى الله عليه وسلم لانه مقدار والمقادير لا تعرف الا سماعا وذكر في المحيط ان الله تعالى اقام الشهر
في حق الايسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وكما اضيف الى شيئين ينقسم عليهما نصفين
فينبغي ان يكون نصف الشهر حيضا ونصفه طهرا الا انه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف

فيبقى الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ ابي منصور الماتريدي وفيه
نظر لما ان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ما ذكر في المبسوط ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة
من حيث انها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلاة وقد ثبت بالاخبار ان اقل مدة الاقامة
خمسة عشر يوما فكذلك اقل مدة الطهر ولهذا قدرنا اقل مدة الحيض بثلاثة ايام اعتبارا باقل
مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلاة لكن ما ذكر في المبسوط يمكن ان يستند الى
السماع بجعل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب
الدلالة وفيه بعد قوله ولا غاية لاكثره اي لاكثر الطهر ومعناه انها تصلي وتصوم ما ترى الطهر
وان استغرق عمرها وقوله لانه اي الطهر يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر
بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه يكون حينئذ لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي
عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي ابي خازم فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق
لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا وعلى هذا اذا بلغت امرأة فرأت عشرة دما وسنة
او سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة ايام تدع الصلاة
من اول زمان الاستمرار عشرة ايام وتصلي سنة او سنتين فان طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلاث
سنين او ست سنين وثلاثين يوما واما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع
طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر بعده وقال محمد
بن سلمة طهرها سبعة وعشرين يوما فما دونها لان اقل الحيض ثلثة ايام فيرفع عن كل شهر فيبقى
سبعة وعشرين يوما وقال محمد بن ابرهيم الميداني طهرها ستة اشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان اقل
المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة اشهر وهو اقل مدة الحمل الا ان ما عليه الاصل ان مدة الطهر اقل من
مدة الحبل فنقصنا منه شيئا يسيرا وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلث ساعات
لجواز ان يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج الى ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة
وكل حيض عشرة ايام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة اذ الغالب ان النسا
تحيض في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فكانها طهرت في ايام عادتها والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك
الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه ايسر على المفتي والنساء وهو قول ابي علي
الدقاق وفيه اقوال اخر تركتها مخافة الاطناب ولما كان في الاقوال فيه كثرة اعرض المصنف عنها وقال
ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال رحمه الله ودم الاستحاضة كالرعاف كلامه واضح بنتيجة الاجماع
قيل اي بدلالة وتقريره اجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطء
بطريق الاولى لانه لما جعل الدم عدما في حق الصلاة مع المنافاة التامة بينهما لكونه منافيا لشرطها
فلان يجعل عدما في حق الصوم والوطء الذين لا منافاة بينهما اولى قال في الكافي تفسيره الاجماع
بدلالة غير صحيح لفظا لا معنى والنفسه بالحكم اشد ارتباطا قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله انه قد يجوز ان
يسمى نتيجة من حيث ان دلالة النص والاجماع لا يكون الا به ويستحيل ان يثبت قبلهما فكانها نتيجة

والنص

والنص والاجماع اصل ولو فسرت بالحكم لاوهم ان الاجماع منعقد عليه قصدا وليس كذلك فكذلك
فسرت بالدلالة وقوله ولو زاد الدم على عشرة ايام وضوحه لما هو المتفق فان الدم اذا زاد على عشرة
ايام ولها عادة معروفة دون العشرة ردت الى ايام عادتها باتفاق اصحابنا واما اذا زاد على عادتها
المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب ائمة بلخ رحمهم الله الى انها لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لان
حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا واذا
جاوز العشرة كان استحاضة فلا يترك الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخارا لا تؤمر بالاغتسال والصلاة
لانا عرفناها حائضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا تكون استحاضة حتى يستمر فيجاوز
العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين امرها فان جاوز العشرة امرت بقضاء
ما تركت من الصلوات بعد ايام عادتها قال في المجتبى وهو الاصح وقوله الذي هذا يعني على العادة المعروفة
استحاضة كقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها وبيان الاستدلال ان من زاد دمها
على عشرة فهي مستحاضة والمستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها وايام اقرائها عادتها المعروفة
فما زاد عليها لا تدعها فيه والا لم يبق للاضافة فائدة وقوله ولان الزائد دليل آخر وتقريره الزائد
على العادة يجانس الزائد على العشرة وكل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فالزائد على العادة يلحق
بالزائد على العشرة اما ان الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فمن حيث الندرة وكونهما زائدين
على العادة المعروفة وعورض بان الزائد على العادة يمكن ان يكون حيضا بخلاف الزائد على العشرة فما في
يتجانسان وبعبارة اخرى وهي ان ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فيتعارض
التجانس والجواب انهما لو اعتبرا في امكان الحيض او عدمه كانا متماثلين ولم ندع ذلك وان
التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم فكان
ما ذكرنا ارجح واما ان كل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم وقوله
وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة روي مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول واختاره صاحب النهاية
وجعل المستحاضة من باب جن واعمي لانه لا اختيار لها وجعل مستحاضة نصبا على الحال المقدرة
كقوله تعالى فادخلوها خالدين لان المستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم يثبت وانما يثبت بالزيادة
على العشرة ولكن نعلم عند الزيادة على العشرة انها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم
وقوله لانا عرفناه حيضا اي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك وتقريره
ان المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضا ولهذا لو انقطع الدم على العشرة حكمنا بكونه كله حيضا
فاذا زاد على العشرة وقع الشك في كون الزائد على الثلاثة حيضا ام لا فلا تخل ذلك اليقين بهذا الشك
الذي حدث الان **فصل** لما كان الحيض اكثر وقوعا قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانها اكثر
وقوعا من النفاس باعتبار كثرة اسبابها فانها تكون مستحاضة بما اذا رأت الدم حالة الحبل او
زاد الدم على العشرة او زاد على معروفها وجاوز العشرة او رأت ما دون الثلاثة او رأت قبل تمام الطهر
او رأت قبل ان تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فانه شيء واحد وقدم حكم المستحاضة
ومن بمعناها على تعريفها لان المقصود بيان الحكم ومن به سلس البول وهو من لا يقدر على امساكه والرعاف

هو الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقا اي الذي لا يسكن دمه من رقا الدم سكن وقوله يتوضؤن
لوقت كل صلاة هو حكم المسئلة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل والنذور
والواجبات عندنا وقال الشافعي رحمه الله يتوضا لكل صلاة مكتوبة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
المستحاضة تتوضا لكل صلاة وبان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد
ادائها فلا اعتبار بها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلاة اعم من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة
تحكم وكان لا ضرورة بعد اداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل اذ لا حرج في تركها فاعتبار عدمها
بالنسبة الى المكتوبة دونها اي ايضا تحكم اجيب بان قوله لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وان الحاجة في حق النوافل لم يتحقق لانها خرج موضوع فكل وقت
و في الذام الطهارة حرج بين وورد بانا لا نسلم ان صلاة ههنا مطلق بل عام بدخول كلمة كل فاقتضى
ما ذكرتم وبان طهارتها بعد اداء المكتوبة ان كانت باقية تساوي الفرائض والنوافل في جواز الاداء
وان لم يبق تساويا في عدم جوازه بها وفيه نظر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضا لوقت
كل صلاة وهو امر الوقت واراد بالاول ای بما رواه الشافعي لان اللام يستعار للوقت تعالى اقم الصلوة
لدلوك الشمس اي وقتها وكان ما رواه نصا محتملا للتاويل وما رويناه مفسر لا يحتمله فيرجح عليه كما عرف في موضعه
على ان الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووي في المهذب قوله ولان الوقت اقيم مقام الاداء
دليل معقول والشارحون قالوا معناه ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير هو قوله ثم تقدير طهارتها
بالصلاة يفضي الى الجهالة والحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلاة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول
فلم يمكن ضبطه فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارة كل شخص باداءه
ارتفعت الجهالة والحرج والجواب بان ارتفاع الحرج ممنوع فاما اذا قدرنا طهارة كل شخص باداته و
فرضنا الفراغ عنه واوجبنا عليه وضوأ آخر لكل ما يصلي من قضاء او واجب او نذر في وقته او مكتوبة
اخرى في وقت آخر تحقق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك
خلف باطل واذا اقام الوقت مقام الاداء بدار الحكم عليه لان الشيء اذا قام مقام شيء آخر كان المنظور
اليه ذلك الشيء فقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة
اخرى عند علمائنا الثلثة قيل قوله واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى مستدرك لان بطلان الوضوء
يستلزمه واجيب بانه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة في المصر فانه اذا صلى عليها بطل
تيممه بالنسبة الى غير صلاة الجنازة وبقي في حق جنازة اخرى حضرت ويفوته الصلاة عليها
ان اشتغل بالوضوء وفيه تمحل كما ترى ويجوز ان يكون تاكيدا ويجوز ان يكون الاول لبيان المذهب
والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استانفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان يكون كالتفسير للاول
فانه لما قال بطل وضوءهم ربما يقول معناه ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فبين ان المراد
ببطلان الوضوء وجوب استيناف وضوء آخر لا البطلان المعهود قوله فان توضؤا حين تطلع
الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد ما ذكر وعند ابي يوسف
وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر ابي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر من قوله

فاذا خرج

فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى وهو عند علمائنا الثلاثة
احتاج الى بيان الاصل المبني عليه فقال وحاصله اي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة ان
المعذور ينتقض بخروج الوقت اي عند الخروج بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله
فقط عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف وانما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس حدثا فلا ينسب
النقض اليه وصح ان يكون حدثا فكان الانتقاض بالحدث السابق لكنه لما لم يظهر الا وقته فاذا ظهر اثر الحدث كانت
النسبة الى الخروج مجازا واعترض بان الانتقاض لو كان الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في
التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه شرع فيها بلا طهارة والجواب ما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء
تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا
من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق
المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء
واللبس او عند احدهما لان طهارتها اذا انتقضت استند الى الحدث السابق ولم يكن لا اقتصار
والظهور عملا بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه وقوله وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن
توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس انما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج
فلا ينتقض عند ابي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر وينتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا
دخول فينتقض عند ابي حنيفة عند ابي يوسف ومحمد ولا ينتقض عند زفر وهذا ما يدل عليه ظاهر كلام
المصنف رحمه الله كما ترى وقال الامام فخر الاسلام رحمه الله طهارتها لا ينتقض عند ابي يوسف بدخول
بلا خروج وينتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضات قبل الزوال ودخل
وقت الظهر انما يحتاج الى الطهارة لاجل الظهر عنده لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده
بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت وقال في طريقة زفر الصحيح من مذهب
ابي يوسف ان شيئا من ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث وانما لم ينتقض الطهارة بطلوع الشمس لان
قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلاة الفجر قضاها مع سنتها وكان كمال
الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد فبقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تخفيفا قال صاحب
النهاية وبهذا التقرير يعلم ان العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق انما يعمل عند
خروج الوقت لا غير الا ان عند ابي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب
عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت وعند زفر لم يوجد الخروج من كل وجه ما لم يدخل وقت مكتوبة
اخرى فكذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده ايضا واقول لم يظهر لذلك فائدة
في المسائل لانها لا تظهر الا في الصورتين المذكورتين فان اعتبرت ما ذكره المصنف رحمه الله وان اعتبرت
ما ذكره فخر الاسلام صح فلم يكن الاختلاف بينهما الا في التخريج والتعويل على تصحيح النقل لزفر فان قيل
ان اعتبار الطهارة مع المنافي للطهارة للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر
فغير المعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت اجيب بان عدم الاعتبار انما هو بالنسبة
الى الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها

ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت لقيامه مقام الاداء كما تقدم فلا يعتبر قبله وبعده
ولابي حنيفة ومحمد انه لابد من تقديم الطهارة على الوقت للتمكن من الاداء كما دخل الوقت وليس
الكاف للتشبيه بل للمفاجاة اي لتفاجئ بتمكن الاداء دخول الوقت وهذا لان الوقت قام مقام الاداء
كما مر وتقديمها على الاداء واجب فكان تقديمها على خلقه جائزا احتياطا لئلا يتعذر عليه الاصل فان قلت
ففي عبارة المصنف تسامح لانه قال لابد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لامحالة
وليس التقديم واجبا فالجواب ان المضاف محذوف اي لابد من جواز تقديم الطهارة واذا كان كذلك
لم يكن الدخول صالحا لظهور الحدث عنده لكونه محققا للحاجة واما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة
فظهر اعتبار الحدث عنده وقوله والمراد بالوقت وقت المفروضة اي المراد بالوقت الذي اعتبر خروجه
ودخوله وقت المفروضة وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله وهو الصحيح احتراز
عما قال بعضهم ليس له ان يصلي الظهر به لانه خرج وقت صلاة واجبة لان صلاة العيد واجبة وقوله
لانها يعني صلاة العيد بمنزلة الضحى من حيث انها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلاة
الضحى اديت بجماعة وقوله نص عليهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عند الجميع
كذلك لان الشبهة باقية على قولهما لان عندهما لما ان تقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول
مع ذلك ليس له ان يصلي العصر بهذه الطهارة كان هذا دخولا مشتملا على خروج فهما ان لم ينتقض
بالدخول انتقضت بالخروج قيل وانما وضع المسئلة في الظهر ليستقيم انه ليس بين وقت الظهر والعصر
وقت مهمل وما روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة انه اذا كان ظل كل شيء مثله خرج وقت الظهر ولم
يدخل وقت العصر ليس بصحيح قال رحمه الله والمستحاضة هي التي لايمضي عليها وقت صلاة
لما فرغ من بيان احكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لايمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي
ابتليت به يوجد فيه قال الامام التمرتاشي والمرغيناني والامام حميد الدين الضرير وغيرهم ان هذا
تعريف المستحاضة في حالة البقاء واما في الثبوت فيشترط دوام السيلان من اول الوقت الى
آخره اعتبارا بالسقوط فانه لايثبت حتى ينقطع في الوقت كله وهو مشكل على كل حال لانه ان كان تعريفا
لها في الابتداء والانتهاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف فانه ينتقض بالحائض لانها قد تكون
على وجه لايمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه بان رأت الدم في اول الوقت
ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت فان التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة
بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة ينتقض طهارتها بذلك والدليل على
عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير وقال اذا توضأت المستحاضة
في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين فدخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها ان تتوضأ
وتبني على صلاتها لان انتقاض الطهارة كان بالحدث لابخروج الوقت ولم يوجد منها اداء شيء من
الصلاة بعد الحدث فجاز لها ان تبني وان كان تعريفا في الانتهاء فقط كما قالوا فكذلك ويلزم اختلاف
حقيقة الشيء بالنسبة الى الحالتين والحقائق لاتختلف ولعل الصواب ان يقال في تعريفها المستحاضة
من ثبت عندها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملة ليس من اوقات الحيض والنفاس ثم

لايخلو عنه

لايخلو عنه مثل ما توضأت فيه ان دام فقوله من ثبت عندها بمنزلة الجنس وقوله باستمرار الدم
احتراز عما هو بمعناها ممن به انفلات ريح وانطلاق بطن وغيرهما وقوله من فرجها احتراز عما
ثبت عندها باستمرار الدم من انفها او قرح لها فانها بمعناها وقوله وقت صلاة كاملة لبيان
ثبوت عندها ابتداء وقوله ليس اي ذلك الوقت من اوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على
التعريف الاول من النقض بصورة الحائض والنفساء كالحائض في الورود وقوله ثم لايخلو اي المستحاضة
عنه اي عن الدم مثل ما توضأت فيه اي في الوقت لبيان ان الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولاخراج ما ورد
من النقض بقوله وبما اذا رأت الدم في اول الوقت ثم انقطع فان الدم فيه كان قبل الوضوء والمعتبر ان يكون
بعده او عنده وقوله ان دام يعني الحدث لبيان ان ثبوت كونها مستحاضة لايتوقف على قوله ثم لايخلو
عنه الى آخره وانما ذلك للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وان انقطع في الوقت
الثاني بالكلية وقوله وكذا كل من هو في معناها اي في معنى المستحاضة اي يكون حكمه حكمها
وقوله وهو ما ذكرناه يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لايرقا
وقوله ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح عطف على قوله من ذكرناه والاستطلاق البطن
مشيه والانفلات خروج الشيء فلتة اي بغتة لان الضرورة بهذا اي بما ذكرنا من الاحداث تتحقق
وهي اي الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو اريد تعريف المعذور قيل هو
من حصل به دوام حدث وقت صلاة كاملا ثم لايخلو عنه مثل ما توضأ فيه الخ والقيود تعرف
مما تقدم والله اعلم قال فصل في النفاس الدماء المختصة بالنساء حيض واستحاضة
والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وفي
الاصطلاح النفاس هو الدم الخارج بعقيب الولادة وقوله بعقيب الولادة صفة للدم لانه
لم يرد به معين فهو في معنى النكرة وقوله لانه ماخوذ فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف
ويتدارك بانه جعل من باب التسمية كأنه قال سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لانه ماخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة
قال صاحب المغرب واما اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك وفي
المجتبى انه مشتق من تنفس الرحم او النفس او الولادة على ما قال شاعرهم اذا نفس المولود من
آل خالد بدا كرم للناظرين قريب وقد وجد ذلك كله قوله والدم الذي تراه الحامل ابتداء
اي حال الحبل وحال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا اي بالغا نصاب الحيض
وقال مالك هو حيض اعتبارا بالنفاس يعني اذا ولدت ولدين في بطن واحد فرأت الدم قبل
خروج الولد الثاني فانها حامل في حق الولد الثاني وذلك نفاس عند ابي حنيفة وابي يوسف والجامع
كونهما جميعا من الرحم ولنا ان الحيض دم الرحم ودم الرحم لايوجد من الحامل لانه بالحبل ينسد فم
الرحم لان الله تعالى اجرى عادته بذلك لئلا يختل ما فيه لكون التنفس من اسفل واعتباره بالنفاس
فاسد لانه انما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى
عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا اذا خرج اكثر الولد فاما اذا

خرج اقله فلا يصير نفسا وان خرج الدم لان النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد حقيقة
وهو ظاهر ولا حكما لانه ليس له الا حكم الحمل وانما ابهم البعض لاختلاف وقع في الرواية روى خلف بن ايوب
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الدم يراه المرأة بعد خروج اكثر الولد نفاس وروى المعلى عن ابي يوسف
بعد خروج بعض الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن او الرجلين واكثر من نصف
وعنه انها لا تصير نفسا حتى يخرج جميع ولدها وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة
في خروج الاكثر وهو صحيح على ما روى خلف بن ايوب واما محمد فلم يذكر انه مع ابي حنيفة وليس على قياس
مذهب محمد فان مذهبه ان النفاس انما يثبت بوضع الحمل فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس
فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها وقوله والسقط الذي استبان بعض خلقه كاصبع مثلا ولد
تصير المرأة به نفسا وتصير به ام ولد بان ادعاه المولى والعدة تنقضي به والذي لم يستبن من
خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل المرئي من الدم حيضا بان يدوم الى اقل مدة الحيض وتقدمه
طهر تام يجعل حيضا وان لم يمكن كان استحاضة قال واقل النفاس لا حد له لا حد لاقل
النفاس قال شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد فانها كما ولدت اذا
رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فانها تصوم وتصلي وكان ما رأت نفاسا لا خلاف في هذا
بين اصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب اعتبار اقل النفاس في انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت
فانت طالق فقالت انقضت عدتي فان مقدار ما يعتبر لاقل النفاس مع ثلث حيض عند ابي حنيفة رحمه
يعتبر اقله بخمسة وعشرين يوما وعند ابي يوسف باحد عشر يوما وعند محمد بساعة وهذا كما ترى
وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ثم رجع
ابو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل فاما الوضوء فواجب بالاجماع كذا في
المحيط واكثر المشايخ افتوا بقول ابي حنيفة وبعضهم اخذ بقول ابي يوسف وهو القياس لان النفاس
هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها نفاس كيف يكون نفساء وقول ابي حنيفة احوط وانما
لم يقدر اقله بحد لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف
الحيض فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلثة ايام ليعلم ان ذلك الدم من الرحم اولا اذ لا دليل على كونه من
الرحم وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد وقوله واكثره اربعون يوما ظاهر مذهبنا
مروي عن ابن عمر وعائشة وام سلمة وام حبيبة وابي بكرة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو المرجح
للعقول لانهم اجمعوا على ان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر الحيض وقد ثبت في باب الحيض ان اكثر
مدة الحيض عشرة ايام بلياليها فكان اكثر مدة النفاس اربعين يوما وانما كان اكثر مدة النفاس اربعة
امثال اكثر مدة الحيض لان الروح لا يدخل في الولد قبل اربعة اشهر فيجتمع الدم اربعة اشهر واذا دخل
الروح صار الدم غذاء للولد فاذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدم اربعة اشهر في كل شهر عشرة
ايام وقوله وان جاوز الدم الاربعين ظاهر وقوله وان ولدت ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل
من ستة اشهر وقوله وان كان بين الولدين اربعون يوما احتراز عما قال بعض المشايخ فيما اذا كان
بين الولدين اربعون يوما ان النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وليس بصحيح وانما الصحيح ما اختاره المصنف لان اكثر مدة النفاس اربعون يوما وقد مضت
فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله والعدة تتعلق بوضع
حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه ان العدة تنقضي بوضع حمل مضاف
اليها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي
الولد في بطنها موجودا كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الحمل

باب الانجاس وتطهيرها

لما فرغ عن بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لان الاولى
اقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق فكان بالتقديم اولى وتقدير كلامه باب بيان
الانجاس والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل
اسما قال الله تعالى انما المشركون نجس وكان ينطلق على الحكمي الا انه لما تقدم بيان الحكمي الا انه لما
تقدم بيان الحكمي امن اللبس فاطلقه وقوله وتطهيرها اي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان
الا انه لما اضافه الى ضمير الانجاس انثه والكلام في هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير
وفي آلة التطهير وفي بيان انواع النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي يصير المحل به
نجسا وفيما يتعذر التطهير به قوله تطهير النجاسة اي طهر محل النجاسة باثبات الطهارة فيه
كما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة ازالتها واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه
كقوله تعالى وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فان قيل قد قال المفسرون
معناه فقصر فلا يتم دليلا على ازالة النجاسة اجيب بان ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة على ان تقصير
الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء وان كان تطهير الثوب واجبا
لتحسين حال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول للمنصوص او اولوية
الثاني وقوله صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد او العود
والقرص باطراف الاصابع لا يقال الحديث ورد في اسماء بنت ابي بكر حين سألته عن دم
الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لانا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا ولا خصوصية
له بذلك فيلحق به كل ما كان نجسا ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فان كان فيه
اكثر من قدر الدرهم فالصلوة فاسدة وان كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن ابي
حنيفة رحمهما الله وفي رواية ابي يوسف عنه جائزة وقوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر
وقوله طاهر احتراز عن بول ما يؤكل لحمه فان الاصح ان التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو
غسل دم به لا رخصنا فيه ما لم يفحش قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان التطهير بالنجس
لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل وقوله يمكن ازالتها به احتراز عن
الدهن والسمن وما اشبه ذلك لان الازالة انما يكون بان يخرج اجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا
وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر وانما ذكر الماء وان كان جواز التطهير به ثابتا بالاجماع ليعلم
ان الازالة غير واجبة به بل يجوز به وبغيره وقوله لانه يتنجس باول الملاقاة يعني لاختلاطه بالنجاسة
والنجس لا يفيد الطهارة ظاهر وبه يتقوى ما ذكرنا من رواية شمس الائمة في بول ما يؤكل وقوله

الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء ايضا فيلزم
شمول الجواز او عدمه وقوله ولهما ان المايع قالع وطاهر وحاصله ان الاشتراك في العلة يوجب
في المخلول والماء مطهر بعلة القلع والازالة وهذه العلة موجودة في الخل وما اشباهه فتكون مطهرة
كالماء وقوله والنجاسة للمجاورة جواب عن استدلالهم وهو في الحقيقة قول بالموجب يعني سلمنا انه
يتنجس باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا بعينه بل كانت النجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة
بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال لا التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه السلام
ثم اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي
اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلاة بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير
وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء وعليها بنيناه وقوله وجواب الكتاب اي القدوري
وهو قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مايع طاهر الخ مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما
وقوله اي عن ابي يوسف في رواية الحسن بن زياد عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا بالماء لان غسل
البدن طريقها العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة فلم يختص بالماء
كالخف وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان عين النجاسة قائمة بالبدن ولا فرق بينهما ان التحقا
منه وان التحقا من الثوب **قال** واذا اصاب الخف نجاسة النجاسة اذا اصابت الخف
فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول
اما ان حصل له جفاف ام لا فان حصل له ذلك فدلكه بالارض جاز اي طهر في حق جواز الصلوة
استحسانا واما اذا اصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجسا كما كان ففيه روايتان وقال محمد لا يجزيه
الصلاة به وهو القياس اي على الثوب والبساط يعني ان النجاسة تداخلت في الخف تداخلها
فيهما والى الاشارة بقوله لان المتداخل في الخف الا في المني فانه يطهر على ما سنذكره وقيده بالدلك
بالارض رواية الاصل وذكر في الجامع الصغير انه ان حكه او حته بعدما يبس طهر وهما الاستحسان
بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه في حديث خلع النعال انه صلى الله عليه وسلم يوما
خلع نعليه في الصلوة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت
نعليك فقال عم اتاني جبرئيل واخبرني ان فيهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى احدكم المسجد فليقلب
نعليه فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو ما يستقذر كانه
يروى من يورد مفردة وكراهة جعل المسح بالارض طهورا وهو مفسر لا يقبل التاويل لا يقال
الحديث ساقط العبرة لانه عم لم يستقبل الصلاة لجاز ان الخطر من النجاسة نزل في ذلك الوقت
ولاحتمال ان يكون اقل من قدر الدرهم فقوله ولان الجلد لصلابته استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم
يحصل لها جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا
مشى على الروث ثم مسح خفه على الارض حتى لم يبق فيها اثر النجاسة ولا رائحتها تطهر لعموم البلوى واطلاق
ما يروى يعني قوله فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه اكثر مشايخنا قال شمس الائمة
السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين

ما له جرم وبين ما ليس له جرم فكان الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه فرق بينهما واخرج التي
بالتعليل وهو قوله عم فان الارض لهما طهور سماه مزيل نجاستهما ونحن نعلم ان الخف اذا تشرب البول
او الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن اجزاء الجلد فكان اطلاقه مصروفا الى القذر الذي يقبل الازالة
بالمسح وهو ما له جرم والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء تتشرب فيه ولا
جاذب يجذبها وقد روي عن ابي يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له وان جف فدلكه
بالارض طهر كالتي لها جرم واذا اصابت الثوب لا يطهر الا بالغسل لان الثوب لتخلخله اي لكونه
غير ملتحم يتداخل كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل واما المني اذا اصاب الثوب فان كان
رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف على الثوب اجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر الا بالفرك
لانه دم الا انه نضج بحرارة فهو كسائر انواع الدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان قوله صلى الله
عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وهو حجة على
الشافعي في جعله طاهرا مستدلا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما انه قال المني كالمخاط
فامطه عنك ولو باذخرة فان قيل انا استدلال الشافعي بالحديث ونحن بحديث فما وجه قول المص
والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل عليه لان قوله كالمخاط لا يقتضي ان
يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك والامر
بالاماطة مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس ليست بواجبة على
انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج وقوله وقال عم دليل اخر على نجاسته روي انه عم مر
بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال عم ما نخامتك ودموع عينيك والماء
الذي في ركوتك الا سواء وانما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والمني والقيء
وفي رواية الخمر مكان القيء لا يقال لا استدلال به لانه يقتضي غسله رطبا ويابسا ولستم قائلين
به فكان متروكا لان حديث عائشة رضي الله عنها مفسر في جواز فرك اليابس وهذا يحتمل ان يكون المراد
به الرطب فيحمل عليه توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا قيل يريد مشايخ ما وراء النهر
يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد لانفصال الثوب عن المني دون البدن وروي عن ابي حنيفة رحمه
انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود ما تشرب منه البدن الى الجرم ولا يصح
عاد فانما يطهر بالفرك نصا والبدن لا يلحق فركه **قال** والنجاسة اذا اصابت المرآة
اذا اصابت النجاسة جسما صقيلا متكاثف الاجزاء كالمرآة والسيف والسكين ونحوها اكتفى بمسحه
لانه لا تتداخل النجاسة فلا يحتاج الى الاخراج من الداخل وما على ظاهره يزول بالمسح ولا
فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل ان البول والدم لا يطهر
الا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك واليابس يطهر بالحت عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
لا يطهر الا بالغسل والمصنف كانه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار
للفتوى لان الصحابة كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها واذا
اصابت الارض نجاسة وذهب اثرها وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلوة

على مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط فيها ذكرها وانما وقع اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس
وقال زفر والشافعي لا تجوز لان النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله عم
ذكوة الارض يبسها اى طهارتها وتجاجتها فيها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الزكوة وهى الذبح سبب الطهارة
في الذبيحة وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رضى الله عنها وقالوا اما الذى روى عن النبى
صلى الله عليه وسلم فى هذا فقوله ايما ارض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية ولقائل
ان يقول معناهما واحد فيجوز نقله بالمعنى فيكون مرفوعا قوله وانما لا يجوز التيمم جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز
التيمم به لان طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد
لانه لا يفيد القطع فلا يكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضى ذلك فان قلت السنة تقدم
ان طهارة المكان يثبت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فى كونه قطعيا
حتى تثبت الحدود والكفارات بدلالة النص فوجب ان لا يجوز الصلوة عليها كما لا يجوز التيمم بها اجيب
بان الآية ههنا ظنية لان المفسرين اختلفوا فى تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيرها للمنع
عن التكبر والخيلاء فان العرب كانوا يجرون ازيالهم تكبرا وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والاخلاق
الردية واذا كان كذلك كانت ظنية الدلالة ولهذا لم يكفر من انكر اشتراط طهارة الثوب وهو عطاء
فيكون الدلالة كذلك فان قيل فالطيب ايضا يحتمل الطاهر والمنبت على الثانى حمله ابو يوسف والشافعى
ولا يجوز ان يكون مرادين لعدم عموم المشترك فيكون ماولا وهو من الحجج الظنية كالعام فيجب ان يجوز
التيمم اجيب بان الاحتمال فى الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالاجماع كما تقدم انما الخلاف فى اشتراط الانبات
فيكون اشتراط الطهارة قطعية فلا يتأدى بطهارة تثبت بخبر الواحد **قال** وقدر الدرهم وما دونه
من النجاسة الغليظة او خفيفة فان كانت غليظة وهى ما تثبت بدليل مقطوع به كالدم والبول والخمر
وخرء الدجاج وبول الحمار واذا كانت قدر الدرهم جازت صلوته معه وقوله وما دونه مستغنى عنه وان زاد
لم تجز وقال زفر والشافعى قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك
فطهر لم يفصل بين القليل والكثير وقلنا القليل منها لا يمكن التحرز عنه فان الذباب يقع على النجس ثم
يقع على النجس ثم يقع على الانسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز فكان فى القليل ضرورة
ومواضع الضرورة مستثناة فى دلائل الشرع فجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم يعنى
ذلك لا يمنع فان زاد عليه منع وهو قول الشعبى اخذنا به لانه اوسع وكان النخعى يقول اذا بلغت مقدار
الدرهم منعت وقوله اخذا مفعول مطلق من قدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر الدرهم
موضع خروج الحدث قال النخعى استقبحوا ذكر المقاعد فى مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ
ما قال صاحب الاسرار ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ومن استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه والاستجمار
هو الاستنجاء فثبت ان الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا حرج فى ذلك فعلم انه سقط حكم
لقلة النجاسة وان ذلك القدر عفو وما ثبت ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يكتفون بالاحجار
فى الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجى به فى الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم
به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ثم يروى عن محمد اعتبار الدرهم من حيث المساحة

قال

قال فى النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال
وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وهو الذى ذكره فى كتاب الصلوة فقال الفقيه ابو جعفر نوفق بين الفاظ محمد
فنقول ان الاولى يعنى رواية المساحة فى الرقيق منها والثانية رواية الوزن فى الكثيف وقوله
وانما كانت نجاسة هذه الاشياء يعنى المذكورة فى اول البحث مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به
قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند ابى حنيفة بما يثبت بنص لا معارض له وعندهما بما يثبت بالاجماع وفى
الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعى ان يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض
النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة وان كانت خفيفة وهى ما يثبت بغير مقطوع به
كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابى حنيفة وهو مروى
عن محمد ايضا لان التقدير بالكثير الفاحش والكثير الفاحش ما يستكثره الناس ويستفحشونه
والربع ملحق بالكل فى حق بعض الاحكام كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا
وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه ثم اختلف فى تفسير ربع الثوب فقيل ادنى ثوب يجوز
فيه الصلوة كالمئزر وهو مروى عن ابى حنيفة وتقربه قال ابو بكر الرازى تعتبر السراويل احتياطا
لانه اقصر الثياب وقيل ربع الموضع الذى اصابته كالذيل وهو ما يفهم من قول الرجل فلان شمر الذيل
والكم والدخريص وعن ابى يوسف شبر فى شبر اى شبر طولا وشبر عرضا اخذا من باطن الخفين
يعنى ما يلى الارض من الخف فان باطنهما يبلغ شبرا فى شبر فيجوز تقدير الكثير الفاحش به وهذا
لان حكم النجاسة التى لها جرم ساقط العبرة فى الخفاف لطهارته بالمسح على قول ابى حنيفة وابى يوسف
وفى رواية عن محمد وبالمسح ازالة التابعين فلا مشاكلة فى اعتبار الاثر وحيث لم يعتبر ذلك قدر به
الكثير الفاحش كما قدر بالدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة
وانما كان يعنى بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابى حنيفة وابى يوسف لمكان الاختلاف فى نجاسته
على اصل ابى يوسف فان تخفيفها عنده انما ينشأ من تسويغ الاجتهاد او لتعارض النصين على
اصل ابى حنيفة فان تخفيفها عنده ينشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله على اختلاف الاصلين
قال فى النهاية انما اخر اصل ابى حنيفة رعاية لفواصل الالفاظ فانها ما تراعى واراد ان تقديمه
بنا فى ذلك لعله من باب الترقى وثمرة ذلك تظهر فى الاوراث على ما سنذكره وانما خص اصل الاول
بابى يوسف وان كان ذلك اصل محمد ايضا لان الكلام فى بول ما يؤكل لحمه وليس بنجس عند محمد فهو فى هذه
المسئلة خاصة اصل ابى يوسف وحده فخصصه وبهذا سقط ما اورده صاحب النهاية واذا
اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز فيه الصلوة عند ابى حنيفة
لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله لان للاجتهاد فيه مساغا لان مالكا يقول بان البعر والروث
وخثى البقر طاهر وقال ابن ابى ليلى السرقين ليس بشئ قليله وكثيره لا يمنع لان ذلك وقود اهل الحرمين
ولو كانت نجسا ما استعملوها كالعذرة وقوله ولان فيه ضرورة بيان ان التخفيف عندهما يثبت
بشئ آخر وهو البلوى والضرورة والجواب ان اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة عن كونها غليظة
لانه لما لم يرد نص بخلافه كان اختلافهم بناء على الرأى وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى

لا يعتبر في موضع النص لا ترى ان البلوى في بول الحمار اكثر لانه يترشش فيصيب الثياب
ومع ذلك لا يعفى اكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الادمي ورد بان الضرورة لو لم تعتبر في
مقابلة النص بالنجاسة لما قال ابو حنيفة رح بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله
عم استنزهوا عن البول الحديث واجيب بانه لم يقل بذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض
بحديث العرنيين وقوله بخلاف بول الحمار جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة
في روثه وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض
منه شيء يبتلى به الناس بخلاف الروث والجواب ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف
مرة حتى يطهر بالمسح فيكفي مؤنتها بذلك التخفيف فلا يخفف في نجاستها ثانيا الحاقا للروث
بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق ولا فرق بين ماكول اللحم وغيره عند العلماء الثلثة وفي
فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير الماكول ووافقهما في الماكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين
بالخارج من السبيل الآخر والخارج من السبيل الآخر وهو البول يختلف باختلاف كونه ماكول اللحم
وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل قوله وعن محمد طاهر وقوله وقاسوا عليه طين بخارا يعني قال
المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعند ذلك اي عند دخوله
في الري رجوعه عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض برده **قال** وان اصابه
بول الفرس لم يفسده حتى يفحش كل واحد من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة على اصله
في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس ماكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند ابي يوسف
لا يمنع حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة رح فانه يحرم اكله وجعل بوله
نجسا مخففا لتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقوله عم استنزهوا البول الحديث فاعترض
بان التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ وفي حديث العرنيين دلالة التقدم لان فيه المثلة
فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا انهما تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل
لحمه والفرس غير ماكول عنده والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجسا مغلظا واجيب
عن الاول بان الدلالة دون العبارة وفي عبارته تعارض فترجح جانب العبارة وتحقق التعارض
وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة يدل على ان العبارة منسوخة فلا تعارض وبان انتساخ
المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انتساخ احدهما
انتساخ الآخر وهو ايضا فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما ان يكون منسوخا
او لا فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عم استنزهوا
عنده والامر بخلافه وعن الثاني بان حرمة الفرس عنده لم يكن لنجاسته بل تحرزا عن تقليل مادة الجهاد
فكان لحمه طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان
مبنيا على ان بول غير ماكول اللحم عنده نجس غليظ فاذا اورد عليه ذكر قيده بكون الحرمة للنجاسة وقيل
عرف بطلان ذلك في اصول الفقه ولصعوبة التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين
الى ان المراد بتعارض الآثار التعارض في لحمه فانه روي ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي

انه عم

انه عليه السلام اذن في لحم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله لانه ماكول من وجه فلا يكون كبول
الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما في الحمار فان اصابه خرء ما لا
يؤكل لحمه من الطيور كالصقر والبازي والحداءة اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخي
ونجس عند محمد كالنجو وقد قيل في المقدار يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي ح غليظ
عندهما وهو المنقول عن ابي جعفر الهندواني ويفهم من لفظ المصنف ان ابا يوسف مع ابي حنيفة
في الروايتين جميعا وهكذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف
فانه فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني وقولهم يقول
التخفيف للضرورة على طريق الهداية وفخر الاسلام وهو ظاهر ولو وقع في الاناء قيل يفسده لا
مكان صون الاواني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وبه افتى
الكرخي وان اصابه من دم السمك طاهر وقوله وليس بدم على التحقيق لان الدم على التحقيق يسود
اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة وروى المعلى عن ابي يوسف انه
اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء اي لشيء يوجب
الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس
في ذلك فقال انا لنرجو من عفو الله تعالى اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد رح
مثل رؤس الابر دليل على ان الجانب الآخر من الابر معتبر وغيره من المشايخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان
جميعا لدفع الحرج **قال** والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية للحصر ضرورة لدورانه بين
النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان تكون متجسدة كالغائط والدم او غيرها
كالبول ونحوه فطهارة الاولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل
باعتبار العين فتزول بزوالها وقوله الا ان يبقى من اثره لونه ورائحته ما تشق ازالته بالاحتياج
في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من
العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه
اشارة الى ان عينها ان زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى الغسل بعده وقوله فيه كلام اي اختلاف المشايخ
كان ابو جعفر يقول بعد زوال عين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية غسل مرة فتغسل
مرتين وطهارة الثانية ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه طهر وكلامه ظاهر وقوله وتأيد
ذلك بحديث المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلثا وقد تقدم وقوله فظاهر الرواية
احتراز عما روي عن محمد رح في غير رواية الاصول اذا غسل ثلث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي
غير رواية الاصول ايضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذا فيما ينعصر بالعصر واما في غيره كالحصير مثلا
فان ابا يوسف يقول يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة
فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد رح يقول لا يطهر ابدا لان الطهارة
بالعصر وهو مما لا ينعصر **فصل في الاستنجاء** قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن

الوضوء ومن كان من اقوى سنته لانه اراد بهذا الوضوء الوضوء عن النوم لا عن البول والغائط و
والاستنجاء لهذا الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم هكذا
جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلوة واقول انما
ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية فذكرها ههنا انسب وفي المغرب نجا وانجا اذا
احدث واصله من النجوة وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح
موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه والمواظبة
مع الترك دليل السنية ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه من المدر والكبد والقطن وغيرها في التنقية
وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي
لا بد من التثليث لقوله عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه وليستنج بثلثة احجار امر
والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه من قوله عليه السلام
من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج وهو يدل على نفي الوجوب والعدد لانه قال فليوتر
والايتار يقع على الواحد وقال ومن لا فلا حرج نفي الحرج عمن ترك الاستنجاء اصلا فدل ذلك انه
لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال
به او يحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون
ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قباء قوله ثم هو اي غسله بالماء
ادب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة ويتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو
سنة في زماننا لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا واهل زماننا يثلطون ثلطا هكذا روي
عن الحسن البصري رحمه الله قوله الا اذا كان موسوسا بالكسر الوسوسة حديث النفس وانما قيل موسوس
لانه يحدث بما في ضميره فيقلد بالثلث في حقه كما في غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط وان كان
مرئيا لكن لا يراه المستنجي فكان بمنزلة البول وقيل بالسبع اعتبارا بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب
وقوله ولو جاوزت النجاسة مخرجها قيل بان يتلطخ نفسه وما حوله من موضع الشرج لم يجز الا الماء وفي
بعض نسخ المختصر الا المائع وقوله وهذا يعني قوله الا الماء يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو
بغير الماء يعني ان قوله الا الماء يدل على ان ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا المائع
يدل على ان ازالته يجوز بالمائع الذي يمكن به ازالة النجاسة وقوله على ما بينا يعني اول باب الانجاس وقوله
وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المائع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي
به في موضع الاستنجاء بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيرها فلا يعمل
الا الماء او المائع وقوله ثم يعتبر المقدار المانع ظاهر وقوله اعتبارا بسائر المواضع يعني ان في سائر
المواضع قدر الدرهم عفو فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر اخره

كتاب الصلوة قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلوة على سائر المشروعات
بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال
المخصوصة وسميت بالصلوة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية كسبحان

اوقاتها

اوقاتها والامر طلب اداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها
الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية وتكبيرة الافتتاح فان قيل جعلت الوقت
سببا فكيف يكون شرطا قلنا هو سبب للوجوب وشرط للاداء واركانها القيام والقراءة والركوع
والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب عنه بالاداء في الدنيا ونيل
الثواب الموعود في الاخرة وهي فريضة قائمة وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى
واقيموا الصلوة وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى فانه يدل على فرضيتها
وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جميع الصلوات وعطف عليها الصلوة الوسطى واقل جمع يتصور
معه وسطى هو الاربعة وبالسنة وهو قوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى فرض على كل مسلم ومسلمة
في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فقد اجمع الامة من لدن رسول الله صلى الله
تعالى عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر فرضيتها كفر بلا خلاف

باب المواقيت المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به اي حدد من زمان كمواقيت
الصلوة او مكان كمواقيت الاحرام وانما ابتدا ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط الاداء
فكان له جهتان في التقديم وقدم من بينها وقت الفجر لانه متفق عليه في اوله واخره ولان صلوة
الفجر اول من صلاها ادم عليه السلام حين اهبط من الجنة واظلم عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن
يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة الاولى للنجاة
من ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار فكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا
فلما كانت اولى صلوة صليها الانبياء قدمها في الذكر واول وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق
وهو البياض المنتشر في الافق واحترز به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء ثم يعقبه
ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان واخر وقتها ما لم تطلع الشمس قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل
على الجزء لان قوله ما لم تطلع الشمس يتناول من وقت طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس بمراد بل
المراد جزء قبيل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبرئيل عليه السلام هو ما روى ابن عباس
رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امني جبرائيل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى
بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع
الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت الشمس وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل
كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل
او قال نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا
وقتك ووقت الانبياء من قبلك والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بان قوله ما بين هذين
الوقتين يقتضي ان لا يكون الاول والاخر وقتا وذلك خلاف المطلوب واجيب بانه لو اقتضى ذلك
كان الصلوة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليما للوقت وانما معناه ليس الوقت منحصرا
فيهما بل بما فعلنا بيان للحاضرين وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما
بينهما وقوله ولا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر وقوله اذا زالت الشمس قيل اصح ما قيل في معرفة الزوال

قوله محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل علامة فما دام الظل
ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة
عن فيء الزوال فاذا اخذ الظل في الزيادة فقد علم ان الشمس قد زالت كذا في المبسوط وفي المحيط
واذا اخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط
الى العود فيء الزوال ثم هو يختلف باختلاف الامكنة والاوقات حتى قيل انه في اطول ايام السنة
لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك لان الفيء
غير معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه وقوله واخر وقتها عند ابي حنيفة رح اذا صار ظل كل شيء
مثليه اعلم ان الروايات عن ابي حنيفة رح اختلفت في اخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار ظل كل شيء
مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو الذي عليه ابو حنيفة وروى الحسن بن زياد
عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وزفر و
والشافعي رحمهم الله تعالى وروى اسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ولم
يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين
الظهر والفجر قال الكرخي وهذه اعجب الروايات الي لموافقتها لظاهر الاخبار وقوله اخر الوقت اذا صار
ظل كل شيء مثليه فيه تسامح لان اخر الشيء منه واذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر عنده وكذا
اذا صار مثله عندهما الا ان المعاني المنظومة والعصر حين المرء يلقى ظله قد صار مثليه وقالا مثله
وتاويله اخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد بخطوط واخر وقت المغرب حين
يغيب الشفق ولا شك ان بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج وقوله لهما امامة جبرئيل عم اختلف
نسخ الهداية فيه ففي بعضها في اليوم الاول اي امامته للعصر في اليوم الاول في هذا الوقت وفي بعضها
في اليوم الثاني اي امامته للظهر وفي بعضها امامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت اي الوقت الذي جعله
ابو حنيفة رح وقت الظهر وهو ما اذا صار ظل كل شيء مثليه وقوله وله قوله عم ابردوا روى ابو سعيد رضي الله
تعالى عنه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم اي ادخلوا الصلوة في البرد يعني صلوها
اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت
يعني اذا صار ظل كل شيء مثله وهذا معارض لحديث امامة جبرائيل عم لان امامته في صلوة العصر في
اليوم الاول فيما صار ظل كل شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر والامر بالابراد بالظهر دل على عدم
خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت
بيقين بالشك قيل اول من صلى بعد الزوال ابرهيم عم حين امر بذبح الولد صلى اربعا الاولى شكرا
لذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضى الله تعالى حين نودي قد صدقت
الرؤيا والرابعة لصبر ولده على معرة الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا وقوله
واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين اي قول ابي حنيفة رح في الرواية المشهورة عنه
وقول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا
صار ظل كل شيء مثله واخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم من ادرك

ركعة

ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ذكره في الصحيحين قيل واول من صلى العصر يونس
عليه السلام حين انجاه الله تعالى من اربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت
فصليها شكرا تطوعا وامرنا بها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق
وقال الشافعي رح وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات وهو احد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب
قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق واليه ذهب احمد بن حنبل والثاني انه اذا مضى بعد الغروب
وقت وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وفي الحلية قدر ثلث ركعات وعلى
هذا فما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف واستدل بامامة جبرائيل في اليومين في وقت واحد وذلك
لان الوقت لو كان ممتدا لم يؤم جبرائيل عم في اليومين في وقت واحد لانه كان يعلم اول الوقت واخره
ولنا حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه اول وقت المغرب حين تغرب الشمس واخره حين يغيب الشفق
وما رواه من امامة جبرئيل عم في اليومين في وقت واحد كان للتحرز عن الكراهة لان تاخير المغرب الى
اخر الوقت مكروه ثم اختلف العلماء في الشفق فقال ابو حنيفة رح هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة وهو
قول ابي بكر ومعاذ وانس وابن زبير رضي الله تعالى عنهم وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة
رواه عنه اسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد بن اوس وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم
وبه اخذ الشافعي واستدلا بقوله عم الشفق هو الحمرة ولابي حنيفة رح ما رواه ابو هريرة رضي الله
تعالى عنه ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال واخر وقت المغرب اذا اسود الافق وانما يسود ا
لافق الا بعد زوال البياض وما رواه يعني قوله عم الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر رضي الله تعالى
عنهما ذكره مالك في الموطا والموقوف لا يصلح حجة وفيما اي في الشفق اختلاف الصحابة كما ذكرناه
قيل معنى كلامه ان التمسك بالحديث فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به او عدم القبول
دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه نظر لانه رح مشترك الالزام قيل واول
من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام خاطبه الله تعالى بقوله أأنت قلت للناس اتخذوني
الآية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته
والثالثة لاثباتها على الله تعالى وفيه نظر واول وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم يطلع
الفجر لما روى ابو هريرة رضي الله تعالى عنه انه صلى الله عليه وسلم قال اخر وقت العشاء حين يطلع الفجر
قال المصنف رح وهو حجة على الشافعي رح في تقديره بذهاب ثلث الليل ووجه ذلك انه يدل على
قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبرئيل عليه السلام يدل على ان اخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا
واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت يقينا بالشك كما تقدم او نقول امامة جبرائيل عم
لم تكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلوة بل للاثبات ما كان فيه الا ترى انه عليه السلام اتم في اليوم
الثاني حين اسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم تكن للنفي بقي ما رويناه سالما عن المعارض
فيكون حجة قيل واول من صلى العشاء موسى عليه السلام حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في
غم المراة وغم اخيه هارون وغم عدوه فرعون وغم اولاده فلما انجاه الله تعالى من ذلك كله ونودي
من شاطئ الواد صلى اربعا تطوعا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلوة وجدتها

في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي وهو منقولة عن ابي الفضل من زيادات فنقلتها مختصرة واول
وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم فصلوها ما بين العشاء
الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء لان الوتر عنده فرض عملاً والوقت اذا جمع
صلاتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر وقت
العشاء لجاز تقديمه على العشاء اجاب بقوله الا انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا
للترتيب وعلى هذا اذا اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء
ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لانه سنة العشاء كركعتي
العشاء ولو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر والله تعالى اعلم

فصل لما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل لكل
منهما فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار
بالفجر اسفر الصبح اضاء ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها في الاسفار والباء للتعدية قوله
ويستحب الاسفار باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر
الرواية وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة
ووجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وحد الاسفار ان يبدأ
بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة
بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة امكنه ان يتوضأ
ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس وقال الشافعي يستحب التعجيل وهو ان يكون الاداء في النصف
الاول في كل صلوة واستدل بما قالت عائشة رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن من الصلاة
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال المصنف
رحمه الله والحجة عليه ما رويناه يعني من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه السلام اسفروا بالفجر
الحديث وذلك لانه امر بذلك واقله الندب وما رواه حكاية فعل لا تعادل قوله عليه السلام وقوله وما
نرويه اشارة الى قوله واذا كان في الصيف ابرد بها وذكر لانه يدعي التعجيل في كل صلاة فاذا ثبت
التاخير في البعض كان حجة عليه وقوله والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر وقوله لما رويناه
يعني ما روي قبل هذا الفصل من قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث وقوله لما روينا
متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله ولرواية انس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر
بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها يتعلق بالمسئلتين جميعا وتاخير العصر في الصيف والشتاء
ما لم يتغير الشمس لما في التاخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل
لان اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى الاداء لاول الوقت والمعتبر
تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر اليه
حيرة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على
الجدران قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال

وعما

وعما فسر تغير القرص به وهو ما قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم تتغير واذا كانت
اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طست ماء في الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو
للناظر فقد تغيرت وكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير القرص بهذا التفسير هو الصحيح وتغير
الضوء وتغير القرص بالتفسيرين الاخريين ليس بصحيح والتاخير اليه اي الى هذا الوقت مكروه
قالوا واما الفعل فغير مكروه لانه مامور بالفعل ولا يستقيم اثبات الكراهة للشيء مع الامر به
ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيره مكروه لما فيه من التشبه باليهود وفيه نظر لان كل ما يكون
تاخيرها مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون مباحا الا يرى ان تاخير
العشاء الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من ترك الاستحباب لان التاخير الى نصف الليل مباح
على ما يجيء والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه باليهود
فتركه مستحب لان الاباحة فيه قد تفضي الى المسامحة وما ذكره في النهاية وغيره في جواب هذا
السؤال مبنيا على ان الضدين او النقيضين لا يتمشى فليتامل قوله وقال صلى الله عليه وسلم لا تزال
امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب معناه لا
تزال امتي بخير مدة تعجيلهم المغرب ووجه التمسك ان الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب
والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي واعترض على المصنف في تاخير الحديث عن الدليل العقلي
واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تاخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول
بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة الاعراف في
صلوة المغرب وذلك يدل على ان التاخير ليس بمكروه اجيب بان ذلك ليس مما نحن فيه فان كلامنا
فيما اذا اخر الى وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من باب المد
والمد من اول الوقت الى آخره متفق ويبطل استدلال عيسى بن ابان على جواز التاخير
ويستحب تاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لاخرت
العشاء الى ثلث الليل وطولب بالفرق بينه وبين قوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لامرتهم
بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت السنة وهذا اثبت الاستحباب واجيب بانا لا نسلم انهما
على نهج واحد بل في حديث السواك ينتفي الامر بمانع المشقة فاذا انتفى الامر به وكان مقتضى
الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي للمانع هو التاخير ونفس التاخير
لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب ولانه فيه اي في التاخير قطع السمر المنهي عنه بعده والسمر
حديث لاجل المؤانسة وقال صلى الله عليه وسلم لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه ان اختتام الصحيفة
بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها لينمحي ما حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى ان الحسنات
يذهبن السيئات قوله وقيل في الصيف يعجل يعني تاخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا
وقيل في الصيف يعجل كيلا يتقلل الجماعة وفي التاخير الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف
قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك لكان في الصيف مكروها وليس كذلك
لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب

وهو قطع السمر بواحدة اى بالكلية مشتركة بينهما فتثبت الاباحة فيهما والى النصف الاخير مكروه
لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله اى قبل النصف الاخير يعنى ان الاباحة فى آخر النصف
الاول انما تثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفى
النصف الاخير لم يوجد دليل الندب اصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب ان لا يكون فى
النصف الاخير سمر فتثبت الكراهة لبقاء دليلها سالما عن المعارض واعترض بتعجيل الظهر فى
اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب واجيب
بان المعارض هناك موجود ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم فان المسارعة
الى العبادة بعد وجود السبب مندوب اليها ولم يكن فى التاخير معنى تكثير الجماعة فكان
فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة الى العبادة مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فتثبت
الاباحة لذلك بخلاف تاخير العشاء الى النصف الاخير فان دليل الكراهة سالم عن معارضة
دليل الندب اصلا لانه ليس فيه المسارعة الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه
قبله ويستحب فى الوتر لمن يألف الصلوة آخر الليل روى آخر الليل بالنصب وتقديره ان يوتر
آخر صلوة الليل فيكون ظرفا وروى مرفوعا وهو مفعول اقيم مقام فاعل يستحب وفى بعض النسخ
ويستحب فى الوتر لمن يألف صلوة الليل تاخيرها الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل
النوم وهو ظاهر وقوله فاذا كان يوم غيم يعنى هذا الذى قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا
كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط الصحيح الحسن يعنى كل ما فيه عين
يعجل كالعصر والعشاء وما عداها كالفجر والظهر والمغرب يؤخر اما وجه تعجيل العصر فلما
ذكره فى الكتاب وكذلك وجه تاخير الفجر وقوله لان المدة مديدة يعنى ان ما بين التنوير وطلوع
الشمس مدة مديدة فيؤمن ان يقع الاداء قبل طلوع الشمس واما تاخير الظهر فلانه لو عجل فى
يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى
التاخير فى الكل لما ذكر فى الكتاب

فصل فى الاوقات التى تكره فيها الصلوة

لما فرغ من بيان
احد قسمى الوقت شرع فى بيان قسم الآخر ولقب الفصل بما يكره مع ان فيه ذكر ما لا يجوز فى الصلوة
اعتبارا للغالب قوله لا يجوز الصلوة اعلم ان الفرائض لا تجوز عندنا فى هذه الاوقات وكذا النوافل
فى بعض الروايات وعند الشافعى يجوز الفرض فى هذه الاوقات فى جميع البلدان ويجوز النوافل
عنده فيها بمكة فقوله لا يجوز الصلوة ان اراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس
لزم ان لا يجوز النفل واذا لم يجز فان شرع فيه وافسده لم يجب عليه قضاؤه لكن يجب عليه قضاؤه
ذكره شمس الائمة فى اصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشى فى الجامع الصغير عند ابى حنيفة وابى يوسف
رحمهما الله تعالى وان اراد به الفرض وحده وان النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث
حجة على الشافعى فى تجويزه النوافل فيها بمكة حيث جعل اللام للجنس متناولا للفرض والنفل
واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز لا يحل فعله شرعا
واما لو شرع لزم كما نقول لا يجوز مباشرة البيع الفاسد اما لو باشر وقبض المبيع ثبت الملك

ويلزم

ويلزم عليه ان يكون عدم الجواز فى الفرائض بمعنى وفى النوافل بمعنى آخر فانه يجعله فيها من قبيل
نهى يقتضى القبح لمعنى فى غيره مجاورا به جمعا وذلك يقتضى الكراهة كما عرف فى اصول الفقه وغيره
جعل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال لو صلى النوافل فى الاوقات المكروهة جاز وكره
ونقل ذلك عن الكرخى والاسبيجابى ويلزمه ان لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعى مستقيما
كما ذكرنا آنفا لا يقال المراد بقول المصنف لا تجوز الصلوة الفرض والحجة على الشافعى فى الحديث
فانه قال نهانا ان نصلى والمراد بالصلاة الفرض والنفل جميعا والدليل يجوز ان يكون اعم
من المدلول لانا نقول ان كان المراد بالنهى عدم الجواز فى الفرض والنفل جميعا لزم عليه
ما نقله عن الكرخى والاسبيجابى وان كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا
على الشافعى لانا اذا ثبت ان اصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز
بلا كراهة ولم اطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز فى الفرض والجواز
مع الكراهة فى النفل لزم اختلاف معنى اللفظ الواحد مرادا ذكرناه على سبيل الحكاية وهو غير
جائز والحق ان المراد عدم الجواز فى الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا ولا يلزم ما
نقل عن الكرخى والاسبيجابى لانه اختار خلافه والله اعلم بالصواب واذا ظهر لك ما قررنا تبين ان النسخة
الصحيحة هو ان يقال حجة على الشافعى فى تخصيص الفرائض ومكة لانه هو الذى يفيد ما ذكرنا من
مذهبه وان كان فيه اغلاق دون ما علاه وهو ما وقع فى بعضها من قوله فى تخصيص الفرائض
والنوافل بمكة وفى بعضها فى التخصيص بمكة وفى بعضها لم يذكر النوافل حجة الشافعى قوله صلى الله عليه
وسلم من نام عن صلوة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها وهو مطلق وفى تخصيص مكة
ما روى ابو ذر النهى عن الصلاة فى هذه الاوقات مقرونا بقوله الا بمكة والجواب عن الاول ان المبيح
والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متأخرا وقد عرف فى الاصول وعن الثانى ان هذه الزيادة لم تثبت
لانها شاذة او ان معناه ولا بمكة كما فى قوله تعالى الا خطأ اى ولا خطأ ثم اختلف العلماء فى الارتفاع
الذى تحل الصلوة عنده قال فى الاصل اذا ارتفعت الشمس قدر رمح او رمحين قال الفضلى ما دام الانسان
يقدر على النظر الى قرص الشمس فى الطلوع فلا تحل الصلاة فاذا عجز عن النظر حلت وقوله حين تضيف
للغروب يعنى مالت قيل التخصيص بالثلاثة يفيد الانحصار وقد ذكر الاصحاب غيرها من الاوقات
ما يكره فيها الصلاة وذلك يستلزم ابطال العدد المنصوص عليه شرعا واجيب بان غيرها ليس بمعناها
لانه يجوز قضاء الفوائت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلاثة المذكورة فان ذلك
لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم الابطال بل يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة
فاما الثلاثة المذكورة فدليله حديث عقبة واما غيرها فلما جاء فى الاحاديث من قوله صلى الله
عليه وسلم لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرها وقوله
ومحتج على ابى يوسف فى اباحة النفل يوم الجمعة روى عن ابى يوسف انه قال لا بأس بالصلاة وقت الزوال
يوم الجمعة لحديث ابى سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة فى نصف النهار الا يوم
الجمعة واجيب بانه منقطع او معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم فى جواب الشافعى وقوله ولا صلوة جنازة

معطوف على اول الكلام وقوله لما روينا يعني قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا سجدة تلاوة لانها
في معنى الصلاة فانها يشترط لها ما يشترط للصلاة يعني لما كانت في معنى الصلاة كانت داخلة
تحت النهي عن الصلاة في قوله ثلاث اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها فان قيل ما
بالها لم تلحق بها في قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا
فينتقض وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلاة اجيب بان اللام في قوله فليعد الوضوء
والصلاة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهود صلاة ذات تحريمة وركوع
وسجود والسجود المجرد ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به واما النهي عن الصلاة في هذه الاوقات
فلئلا يقع التشبه بالصلاة بعبدة الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك فكان في معناه
فالحق به كذا في الشروح ولو قيل لانها في معنى الصلاة من حيث وقوع التشبه به بعبدة الشمس
ووقوعه بالصلاة فدخلت تحت نهي ورد عن الصلوة لذلك كان اخصر واحكم وقوله الا عصر يومه
عند الغروب مستثنى من قوله ولا عند غروبها وقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت قد
تقدم ان سبب الصلوات اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون كل الوقت سببا لانه لو كان كله سببا
لوقع الاداء بعده لوجوب تقدم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء وليس دليل
يدل على قدر معين منه كالربع والخمس وغيرهما فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك
الجزء الذي لا يتجزى والجزء السابق لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول المقصود
وهو الاداء وان لم يتصل انتقل الى الجزء الذي يليه ثم وثم الى ان يتضيق الوقت ولم يتقرر على
الجزء الماضي لانه لو تقرر كان الصلاة في آخر الوقت قضاء وليس كذلك لما ستذكر فكان الجزء الذي
يلي الاداء هو السبب او الجزء المضيق او كل الوقت ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل
الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل وقد زالت فيعود كل
الوقت سببا ثم الجزء الذي يتعين سببا تعتبر صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا
بان لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا فلا
يتادى ناقصا وان كان فاسدا اي ناقصا بان يكون منسوبا الى الشيطان كالعصر يستانف
وقت الاحمرار وجب الفرض به ناقصا فيجوز ان يتادى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف
غيرها من الصلوات الواجبة باسباب كاملة فانها لا تقضى في هذا الوقت لان ما وجب كاملا لا يتادى
ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده واذا عرفت ذلك فقوله
لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما اول جزء او الذي يلي الاداء او
الجزء المضيق او كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول واما قوله فالمؤدي في آخر الوقت
فقال صاحب الكافي انه مشكل لانه غير قاض بل مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزمه على تقريره
جواز قضاء العصر في هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصا
فينبغي ان يجوز كعصر يومه والجواب عن الاول ان كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك
ان السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء

اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان التاخير عنه تفويتا للواجب بالاستقراء
في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلاة والجزء الاول من اليوم في الصوم هكذا
اجاب شيخي شيخ العلامة عبد العزيز ورد عليه بان الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من
الوقت انما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببية وكذلك عن الجزء الاول
من اليوم لان وقت الصوم كل النهار واذا فات البعض فات الكل واقول في الجواب عن السؤال
ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا لكان
الاداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد
وان يكون الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في آخر الوقت
قاضيا لفوات شرط الاداء وعن الثاني بان قوله بخلاف غيرها من الصلوات يتناول
العصر الفائتة لان العصر الفائتة غير عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت كاملة وكل ما
وجب كاملة لا يتادى ناقصا غير انه لم يذكر وجه وجوبها كاملة ووجهه ما ذكرنا قال
رحمه الله والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة يعني ان المراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة
وسجدة التلاوة بقوله ولا صلوة جنازة ولا سجدة تلاوة هو الكراهة يعني به نفي عدم
الجواز بخلاف الفرائض في هذه الاوقات الثلاثة سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز الصلوة
عند طلوع الشمس الى آخره يجري على حقيقته عدم الجواز فان قلت فعلى هذا يكون قوله لا تجوز
مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة الى صلاة الجنازة وسجدة
التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى
يكونا مرادين بلفظين ولا محذور فيه فان قلت فماذا تفعل في الدليل وهو قوله عقيبه نهانا
فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة حينئذ قلت حكاية فعل فجاز ان يكون النهي مكررا
في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا تجوز الصلاة متناولا للفرض والنفل
فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية وهو ان النفل ايضا لا يجوز في هذه الاوقات كما تقدم واما على
ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات وجب عليه القضاء
ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعها واداها في
وقت آخر مكروه مثله جاز ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد والله لا يجوز قوله
ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه صلى الله عليه
وسلم نهى عن ذلك والحديث في الصحيحين واستشكل بانه غيا الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم
ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وههنا ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها وبعد الغروب
الى اداء المغرب والجواب انه تشبث بمفهوم الغاية وهو غير لازم على ان المخالفة ثابتة اذ الكراهة
بعد الطلوع والغروب بمعنى آخر والحق ان يقال معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تقرب
للغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده وقوله ولا باس
بان يصلي في هذين الوقتين يعني بعد الفجر والعصر الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة

لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض
فان شغل الوقت بحقيقة الفرض اولى من الشغل بحقه فلا يظهر في حق الفرائض وما هو بمعناها
في الوجوب لعينه كسجدة التلاوة فانها تجب لعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل
وجوبها بالسماع فصارت كالفرائض وكذلك صلاة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل
العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور
بسبب من جهته اي من جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع وكان كالصلاة شرع فيها
تطوعا ولان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل ولصيانة المؤدى
لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد
الشروع الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولى وقوله لا لمعنى في الوقت تاكيد لقوله لحق الفرض
وفيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلاثة المذكورة
بان ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل جميعا
وهذا المعنى شغل الفرض وشغله بالفرض لتقديرنا اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر
في حق النفل دون الفرض فان قيل ركعتا الطواف واجبة عندنا على ما يجيء في كتاب الحج بوجوبها
من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي ان يؤتى بهما كسجدة التلاوة
في هذين الوقتين وعدمه بان الوجوب لختم الطواف ينتقض بسجدة التلاوة فان وجوبها
للتلاوة وهي فعله ايضا فالجواب ما اشرنا اليه ان السجدة قد تجب بتلاوة غيره واذا سمعه من
غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف وقوله ويكره ان يتنفل ظاهر وقوله مع حرصه على الصلاة
يعني ان الترك مع الحرص على احراز فضيلة النفل دليل الكراهة وكذلك قوله ولا يتنفل بعد الغروب
ظاهر والمعنى في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي
الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وبالمبادرة الى اداء المغرب فانها فيه مستحبة ولنفي التشاغل عن
استماع الخطبة ولا يظهر في حق الفرائض وكان الحاصل ان ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت اثر في
الفرائض والنوافل جميعا وما كان لمعنى في غيره اثر في النوافل دون الفرائض وما هو في معناه والله
تعالى اعلم **باب الاذان** لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلوة ناسب ذكره
عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وفي الشريعة عبارة
عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسبب مشروعيته ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم
رضي الله عنهم نزول الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاؤه دخول وقت الصلاة المكتوبة
وصفته ما ذكره في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه سنة للصلوات الخمس والجمعة وذكر الجمعة لدفع
وهم من يتوهم ان لا اذان لها كصلاة العيد من حيث ان شرائطهما يتعلقان بالامام والمصر الجامع وانما قال
الخمس وقوله للنقل المتواتر يعني ثبت متواترا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للصلوات
الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلاة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء
وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد ان اهل بلدة في

السلام

في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة
والجواب انه قال ذلك لانه وان كان سنة الا ان تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال
وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء واختلف في ذلك الملك
فقيل نزل به جبرئيل عليه السلام وقيل كان غيره وقوله ولا ترجيع فيه والترجيع ان يرجع
ظاهر وقوله وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع وقوله لحديث ابي محذورة ظاهر الى
قوله فلقنه ترجيعا ذكر في الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك لحكمة رويت في قصته وهي
ان ابا محذورة كان يبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا فلما اسلم امره
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرك اذنه وقال له ارجع فامدد بها صوتك اما ليعلمه انه لا حياء
من الحق او ليزيده محبة للرسول صلى الله عليه وسلم بتكرير كلمات الشهادة وقوله ولنا ان بلالا روي
ان بلالا اذن لصلاة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة فقال الصلاة يا رسول الله فقالت عائشة
الرسول نائم فقال بلال الصلاة خير من النوم فلما انتبه اخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال له اجعله في اذانك وقوله وخص الفجر ظاهر وقوله ثم هو حجة على الشافعي
في قوله انها فرادى فانه يقول بشفع الاذان ويوتر الاقامة لحديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم امر
بلالا بذلك قلنا المعتمد ما فعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث انس
ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ان في الاقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع
كلمة موترة صوتا وروي ان عليا مر بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك وقوله ويترسل
في الاذان بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى صفات
المؤذن فالاول هو ان يأتي به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مطرب
وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقر ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلهما
كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان
والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب وان يوالي
بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو ترك الموالاة فالسنة ان يعيدهما للاذان ويستقبل بهما
القبلة الا في الصلاة والفلاح والثاني هو ان يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة وباوقات
الصلاة فاذان الصبي العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل
واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك اذان المرأة وقوله ويستقبل بهما اي بالاذان
والاقامة القبلة لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ويحول وجهه للصلاة والفلاح يعني
عند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل
لو كان كذلك لحول وراءه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف واجيب
بانه انما لم يحول وراءه لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفي فيه ببعضهم
لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة وان استدار في صومعته فحسن ظاهر وقوله

وان لم يفعل فحسن اى الاذان حسن لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يكن
في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل امر به النبي صلى الله عليه وسلم بلالا فلا
يليق ان يوصف تركه بالحسن ولم يؤثر في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى
فكان معناه ان الاذان بذلك الفعل احسن وبتركه حسن وقوله والتثويب في الفجر مبتدأ وقوله
حسن خبره وقوله وكره في ساير الصلوات لما روي ان عليا راى مؤذنا يثوب في العشاء فقال اخرجوا
هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر مسجدا نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن
يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا في صلاة الفجر قوله ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى الاعلام بعد الاعلام
وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لان منفعة عمله تعود اليه وهذا اي التثويب على
حسب ما تعارف اهل كل بلدة من التنحنح او قوله الصلاة الصلاة او قوله قامت قامت لانه للمبالغة في
الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه وقوله وهذا اشارة الى قوله حي على الصلاة حي على الفلاح تثويب
احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا انه وقت غفلة
ولم يذكر التثويب القديم ههنا وذكر في الاصل ان التثويب الاول كان في صلاة الفجر بعد الاذان
الصلاة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين
والمتاخرون استحسنوه اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية
ولكن لم يشترطوا تعيين ذلك اللفظ الذي هو حي على الصلاة بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرنا انفا ويكون
هذا احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلي كان الصلاة خير من النوم لا غير في اذان الفجر او بعد اذان
الفجر فاحدث علماء الكوفة حي على الصلاة حي على الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول
واحدث المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب
مع ابقاء الاول وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقوله وقال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب
المحدث في ساير الصلوات بزيادة اختصاص من يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر قال رحمه الله
ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب لا خلاف ان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود
بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتاهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلاة
وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلاة مما يتطوع قبلها مسنونا كان او مستحبا يفصل
بينهما بالصلاة لقوله عليه السلام بين كل اذانين صلاة قاله ثلاثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل
يجلس بينهما لحصول المقصود به واما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا على ان الفصل لا بد منه ايضا
لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار
ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث ايات قصار او اية طويلة وفي رواية عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات
ثم يقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في
الكتاب وهو واضح وقوله والفرق قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف ساير الصلوات
فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يؤدي الى التاخير فلذلك لا يفصل بينهما والمكث

ههنا

ههنا من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو ان يصلي فيه ثلاث
ركعات قال يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا ان الجلوس
عنده في اذان المغرب وانما اورده ليؤكد قول ابي حنيفة بفعله قيل وانما ذكر محمد في الجامع الصغير
ابا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان مامورا من جهة
ابي يوسف ان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة وقوله وان المستحب معطوف على ما قلنا يعني يفيد
ما قلنا ويفيد استحباب كون المؤذن عالما بالسنة اي باحكام الشرع لقوله عليه السلام ويؤذن
لكم خياركم وخيارهم من كان عالما باحكام الشرع وهذا يرد على قول من يقول الاحسن للامام ان يتولى
الاذان والاقامة فيما لا يغيره فان النبي صلى الله عليه وسلم ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان
اماما لهم في الصلاة قلنا اذن واقام صلى الله عليه وسلم احيانا روى عقبة بن عامر قال كنت مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر وقوله غداة ليلة التعريس التعريس
النزول في اخر الليل روى البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه قال سرنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله فقال اخاف ان تناموا عن الصلاة
قال بلال انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ
النبي صلى الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها
قط قال ان الله قبض ارواحكم حين شاء وردها عليكم حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلاة
فتوضا فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام فصلى بالناس جماعة وهو اي قضاء النبي صلى الله عليه وسلم
باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا
فاقام بدون ذكر الاذان لان القصة واحدة فالعمل بالزيادة اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون
اذا كان راويها واحدا ولم يثبت ههنا ذلك والجواب ان الراوي اذا كان متعددا انما يعمل بالخبرين
اذا امكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القصة واحدة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما
روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب
الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه فان قيل اذا
كان الرفق متعينا في احد الامرين فلا تخيير بينهما كما في قصر صلاة المسافر وههنا الرفق متعين
في الاقامة فما وجه التخيير اجيب بان ذلك بين الشيئين الواجبين لا في السنن والتطوعات
قال وعن محمد روى في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتته صلوات يقضي الاولى باذان واقامة
والباقي بالاقامة دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب
محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين اصحابنا قال رحمه الله وينبغي ان يؤذن
ويقيم على طهر ينبغي للمؤذن ان يؤذن ويقيم على طهارة لانهما شبيهان بالصلاة على ما سيأتي فان اذن
بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر وكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره
ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة بالاشتغال باعمال الوضوء ولان الاقامة
شرعت متصلة بالشروع في الصلاة ويروى انه اي الشان لا تكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين

والاخر وهو الاذان لايكره بلا وضوء وكذا الاقامة ويروى يكره الاذان ايضا وهو رواية الكرخي
لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على
احدى الروايتين اى بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التى لايكره اذانه ان للاذان شبها بالصلوة
فانهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال وترتيب كلمات الاذان كاركان الصلوة ويختصان
بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلاة على الحقيقة ولو كان صلاة على الحقيقة لم يجز مع الحدث
والجنابة فاذا كان مشبها بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبه ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة
ولم يعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الاولى لان الجنابة
اغلظ الحدثين وكان يبطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمها
وقوله اما الاول يعنى عدم اعادة اذان المحدث واقامته وقوله واما الثانى يعنى استحباب الاعادة
بسبب الجنابة وقوله روايتان في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والاشبه اعادة
الاذان فقط لان تكرار الاذان مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف الاقامة وقوله يعنى الصلاة
انما فسره بهذا لانه قال في الايضاح ويحتمل ان يكون المراد من الجواز اصل الاذان لان رفع الصوت
نايل في الباب وقوله وكذا المرأة تؤذن عطف على قوله والجنب احب الى ان يعيد وقوله ليقع
الاذان على وجه السنة فان اذان المرأة لايكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها
في اعلى موضع ارتكبت بدعة والا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على
النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتان للصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وان صلين بجماعة
صلين بغير اذان واقامة لحديث رايطة قالت كنا جماعة من النساء امتنا عائشة بلا اذان ولا اقامة
وقوله ولا يؤذن لصلاة ظاهر وقوله والحجة على الكل اى على ابى يوسف والشافعى واهل الحرمين يعنى ان
الحديث حجة على الاخذ والماخوذ منه فان قيل جاء في الحديث لا يغرنكم اذان بلال فانه يؤذن بليل كان يؤذن قبل
الوقت اجيب بانه حجة لنا حيث لم يعتبر النبى صلى الله عليه وسلم اذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره وقد
ذكر في المبسوط ان اذان بلال انكره عليه السلام وامره ان ينادى على نفسه الا ان العبد قد نام يعنى نفسه
اى انه اذن في حال النوم والغفلة وكان يبكى ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا لم تلده امه
وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك الكلمة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه وقوله لقوله عليه
السلام لابنى ابى مليكة قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط بخطاب بغيرهما وقال روى عن النبى صلى الله
عليه وسلم انه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما قرانا وروى
فخر الاسلام وليؤمكما اكبركما سنا وقوله فان تركهما جميعا يكره ظاهر وقوله لقول ابن مسعود روى
ان ابن مسعود صلى بعلقمة والاسود بغير اذان واقامة فقيل له الا تؤذن وتقيم وقال اذان الحى
يكفينا وذلك لان المؤذن نائب عن اهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك ولهذا المصلى في
الحى بغير اذان واقامة حقيقة محصلا بهما حكما فلا يكره بخلاف المسافر صلى وحده بغير اذان واقامة
يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما فهو تارك للجماعة حقيقة وللتشبه وترك الصلاة بجماعة
مكروه فكذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فانه يكره تركه باب شروط

الصلاة

الصلوة التي تتقدمها لما فرغ من ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط و
الشروط جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشىء ولم يكن داخلا
فيه وقوله التى تتقدمها صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون
احترازا عنه وهو قريب من اسلوب قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقوله يجب على المصلى
ان يقدم الطهارة انما اعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلاة ليكون الباب مشتملا على
جملة الشروط وقوله اى ما يوارى عورتكم عند كل صلاة يعنى لاجل الصلاة لا لاجل الناس لان الناس
في الاسواق اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق فكان معناه خذوا ما
يوارى عورتكم من الثوب الذى تحصل به الزينة وهى ستر العورة عند كل صلاة لان اخذ الزينة
نفسها وهى عرض لا يمكن الا بهذا الطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل الصلاة
مسجد اطلاق اسم المحل على الحال فان قيل روى عن ابن عباس انها نزلت في شان الطواف لا في حق
فلا تكون حجة في وجوب الستر في حق الصلاة اجيب بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقوله
عند كل مسجد عام فلا يختص بالمسجد الحرام وقوله قال عليه السلام لا صلاة لحائض الا بخمار اى لبالغة
لان الحائض لا صلاة لها لا بخمار ولا بغيره فكان مجازا عن البالغة لان الحيض يستلزم البلوغ
وفي دلالة الاية والحديث على فرضية ستر العورة نظر اما الاية فانها تفيد الوجوب في حق
الطواف ولهذا كان طواف العارى معتدا به فلو افادت الفرضية في حق الصلوة لكان لفظ خذوا
مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث فلانه خبر واحد وهو لا يفيد
الفرضية واجيب بان الاية قطعية الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث قطعى الدلالة
لاداة الحصر ظنى الثبوت لكونه خبر الواحد فبمجموعهما حصل الدلالة على الافتراض فتامل وقوله
وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته
والمفهوم من ذلك ان لا يكون السرة عورة وقوله والركبة معطوف على السرة وفيهما خلاف
الشافعى فانه يقول كلمة الى للغاية وهى في هذا الموضع لمد الحكم اليها فلا تدخل اجاب بقوله وكلمة
الى نحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم عملا بكلمة حتى في قوله حتى يجاوز
ركبته او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وفيه نظر لانه حتى اذا دخل الفعل كان بمعنى
الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغى ان يقول وعملا بقوله عليه السلام بالواو ولان
المعارضة قائمة بكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى الى لكن مع دخول الغاية وقد قررناه
في التقرير وعن الثانى بان كلمة او لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ اختلفوا
في ان الركبة مع الفخذ عضو واحد او كل منهما عضو على حدة قال المصنف في التجنيس الركبة الى
اخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لان كشف
الركبة من الفخذ اقل من الربع قال وقد قيل انها بانفرادها عضو ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو
على حدة في الحقيقة بل هى ملتقى عظم الفخذ والساق وانما حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز
فعلى الاول من بتبعيضية وعلى الثانى بيانية قال وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها

تاكيد للمبدن وتانيثه لتانيث المضاف اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه قوله وكفيها اشارة الى ان ظهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا لا يتناول ظهره وفي مختلفات قاضي الغني ظاهر الكف وباطنه ليسا بعورتين وقوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة خبر بمعنى الامر ومثله لنفيها للتاكيد وقيل معناه من حقها ان تستر وقوله واستثناء العضوين يعني الوجه والكف لابتداء بابدائهما لان المراة لا تجد بدا من مناولة الاشياء بيدها ومن كشف وجهها لاسيما في الشهادة والمحاكمة قوله وهذا اي قول القدوري وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها تنصيص منه على ان القدم عورة لانه لم يستثنها وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعورة وبه قال الكرخي قال المصنف وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او متنعلة فربما لا تجد الخف على ان الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى ولما كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على ان القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال فان صلت وذلك لانه جوز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة عام في جميع بدنها وليس في لفظه استثناء العضوين فاستثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء تخصيص بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه فالجواب ان قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية اما ان يكون ورد قبل الحديث او بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث وان كان قبله لما الحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا مما تناوله وقوله وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث واجيب باوجه بانه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة وبانه شك وقع من الراوي عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم ما فوقه الثلث بالدلالة والتنصيص على ما يثبت دلالة بالتصريح غير قبيح قال الله تعالى فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا والثلث استحسانا فاورده على القياس والاستحسان وبان الربع مانع مع القدم والثلث بدونها وبان ابا حنيفة سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه فاوردها محمد كذلك اعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد الربع كثير وما دونه قليل وقال ابو يوسف ما دون النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة الا اذا كان ما يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف والاضافة هيئة تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى هيئة اخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى الهيئة الاولى كالابوة والبنوة والذي في الشروح ان التقابل بينهما تقابل الضدين ليس بشيء لاجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبة الى شيء وكثيرا بالنسبة الى غيره وعلى هذا ورد في النصف عن ابي يوسف روايتان وقوله واعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس باكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة وانه لما لم يدخل في ضده اي ضد القليل وهو الكثير فان مقابله وهو النصف الآخر ليس باقل منه لم يكن داخلا تحت حد الكثرة وكان قليلا لا يجب به الاعادة

وقوله

وقوله في ضده اي في مقابله وكانه هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية الكمال يعني ان ربع الشيء اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الراس والحلق والاحرام ويقال رايت فلانا وانه لم يرهنا الا وجهه اي من الجوانب الاربعة فكذا ههنا احتياطا في باب العبادة واعترض بان اعتبار هذا بمسح الراس غير مستقيم لان مسح كل الراس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه مقدار الثلث واجيب بان الاصل في الراس غسل كله كما في غسل الوجه لان التطهير المقصود بالوضوء يحصل به الا ان الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعا للحرج فكان الربع قائما مقام الكل من هذا الوجه وقيل هذا تشبيه الفعل بالفعل لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله صلى الله عليه وسلم انكم سترون ربكم الحديث فانه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف الذي تقدم ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس قيل وجعل الشعر من الاعضاء للتغليب ولانه جزء من الادمي حتى لا يجوز بيعه والمراد به النازل عن الراس المسترسل وقوله هو الصحيح احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما على الراس واما المسترسل وهو ما نزل الى اسفل من الاذنين ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضي ان يجوز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله البلخي وهو امر يؤدي الى الفتنة فكان الاحتياط في الاخذ بهذه الرواية وقوله وانما وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الراس عورة لكان باعتبار انه من بدنها وليس كذلك لان غسله في الجنابة موضوع وليس شيء من بدنها كذلك ووجهه ان سقوط غسله ليس باعتبار انه ليس من بدنها بل من بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف يعني الذي تقدم من انكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم على اختيار الكرخي حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوأتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة الربع فكذا في العورة واما على اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها اذ في كل منها يعتبر انكشاف الربع مانعا عندهما خلافا لابي يوسف سواء كان ذلك العضو صغيرا او كبيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ في العورة الغليظة فخفف لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضو اجمع انكشاف في ربعه جواز الصلاة وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما في الدبر احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا واما عند الشافعي فيستوي القليل والكثير في ذلك سواء في المنع عن جواز الصلاة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل النجاسة قال رحمه

وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة قال في
شرح الطحاوي ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهي في معنى الامة وهذا لان حكم العورة في الاناث
اغلظ فاذا كان الشيء من الرجل عورة فمن الانثى اولى وظهرها وبطنها عورة لانها محل الشهوة
وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر حين
راى جارية متقنعة فعلاها اي ضربها بالدرة وقوله يا دفار بالدال المهملة اي يا منتنة وروي
ان جوارية كانت تخدم الضيفان مكشوفات الرؤوس مضطربات الثدي والمهنة بفتح الميم وكسرها
الخدمة والابتذال من مهن القوم خدمهم وانكر الاصمعي الكسر وقوله فحق جميع الرجال
اي سوى مولاها قوله ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة بالفم ليتنا ولا المائعات ومعناه على النص
الذي ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لانه في الصلاة فيما اي في الثوب الذي يكون الطاهر فيه اقل من الربع
ترك فرض واحد وهو الطهارة وفي الصلاة عاريا ترك الفرائض كستر العورة والقيام والركوع
والسجود وقوله لان كل واحد منهما اي من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلاة حالة الاختيار
يستويان اي وهما يستويان خبر مبتدا محذوف ليكون عطف جملة اسمية على اسمية وقوله فحق
المقدار يجوز ان يكون معناه ان القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت
المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما على الاخر فيختار ايهما شاء ويجوز ان يكون
معناه في حق الربع فان المانع في النجاسة الحقيقية مقدر بالربع وكذا المانع في العورة
الربع فلما استويا في المانعية وفي المقدار استوى اختيار المصلي ايضا فان شاء يصلي فيه او يصلي
عريانا وحاصله انهما يستويان في الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلاة
في ذلك الثوب اي في حق اثبات الاختيار ايضا وقوله وترك الشيء المختلف لا يكون تركا جوابه
عن قوله وفي الصلاة عريانا ترك الفروض لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيم
على تقدير ان يصلي العاري قاعدا واما اذا صلى قائما فانما يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر
واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا بازائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان تارك فرض بازاء
الاتيان بفرض اخر فيتخير وكان محمد بنى كلامه على ما هو الافضل وهو الصلاة قاعدا حملا لحال المسلم
على ما هو الاصلح فان قيل سلمنا انه اتى بفرض وترك فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان فرضية
الستر اقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة
واختصاص الطهارة بها فالجواب انا لا نسلم ان فرضية الستر اقوى فان خطاب الستر في حق الصلاة
انما هو في الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد
فعل ما اتى ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلى بالثوب قائما
استعمل النجاسة واتى بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع
والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن انس بن مالك انه قال ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا
قعودا وهذا قول روي عنهم ولم يرو عن اقرانهم خلافه فحل محل الاجماع وقوله فان صلى

قائما اجزاه وقوله الا ان الاول يعني الصلاة قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق
الناس وما كان كذلك كان اكد ولان الايماء عن الاركان فيه كلا ترك بخلاف الستر فانه لا خلف له
قيل هذان المعنيان يقتضيان اختصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قائما والجواب انه ممنوع
فان وجه الجواز قائما موجود وهو الاتيان بالاركان نفسها والايتان ببعض من الاتيان بخلفها
والستر وان كان اعم وجوبا ونفعا لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يحصل بجميعه لم يتعين
في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو ركن الاصلي في الصلاة وهذا يقتضي ان لا يجوز قاعدا
فتساويا فيميل الى ايهما شاء ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلوا
ذلك على ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود لان الستر وان كان قليلا
فهو اولى من الاركان لقيام الخلف مقامها قال رحمه الله وينوي الصلاة التي يدخل فيها
بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام ههنا في مواضع في نفس النية وفي الاصل الذي
وجبت به وفي وقتها وكيفيتها والمصنف بدا ببيان الاصل الثابتة هي به فقال والاصل فيه
اي في اشتراط النية قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات اي حكم الاعمال او ثوابها ملصوق بها
وقيل تقريره الصلاة عمل والاعمال بالنيات فالصلاة بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلاة
وفيه نظر ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهذا ظاهر وهو اي القيام متردد بين العبادة والعادة
فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما ولا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقتها بقوله
والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة وهذا على
سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه لو نوى عند الوضوء انه يصلي الظهر او العصر مع الامام ولم يشتغل
بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الا انه لما انتهى الى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته
بتلك النية واما الافضل فان يكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متاخرة قوله ولا معتبر
بالمتاخرة منها عنه اي من النية عن التكبير رد لقول الكرخي فانه يجوزها بنية متاخرة عن التحريمة
واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل الى ان يرفع
راسه من الركوع وقوله لان ما مضى يعني من الاجزاء لا يقع عبادة لعدم النية والاجزاء الباقية
مبنية عليه فلم تجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متاخرة عن اول جزء للضرورة لان ذلك
وقت نوم وغفلة فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر على الناس
واما الصلاة فانها يبتدا بها في وقت انتباه وتيقظ فلا ضيق في اشتراط النية عنده ثم ذكر
نفس النية بانها هي الارادة اي الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية في اللغة العزم والعزم
هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما
فالنية هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها وتمييزها عن فعل العادة ان كان متنفلا وعما
يشاركها في اخص اوصافها وهو الفريضة ان كانت فرضا وقوله والشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي
قيل هو امارة علمه بذلك انه لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البديهة فلا توقف في الجواب لم يكن عالما
به واعترض بان هذا ينزع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم من العلم بالشيء نيته لا

يرى ان من علم الكعبة لايلزمه شيء ومن نوى الكعبة كفر واجيب بان معنى كلامه والشرط قصد بعد ان يعلم
وهو بعيد اذ ليس في كلامه ما يشير اليه ولايلوح ولعل قد ارى انه اراد بذلك ما ذكرت آنفا وهو ان يخرج
بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها وتعيينها الى آخره لان التخصيص والتعيين بدون العلم لايتصور
وقوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به الا في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته وقوله ثم ان كانت
الصلاة نفلا بيان لكيفية النية وذلك لان الصلاة التي يدخل فيها اما ان تكون فرضا او غيره
والثاني يكفيه مطلق النية نفلا كانت او سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو
يحصل بمطلق النية وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه لابد من ان ينوي سنة الرسول عليه السلام لان
فيها صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض والاول المصلي فيها اما ان يكون منفردا او مقتديا بالامام
والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كالظهر مثلا ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف
الفروض فلا بد من التعيين ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او الفجر مثلا ولم ينو ظهر اليوم او الوقت
ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه ظهر صلاة فائتة فلا يتعين المقصود والاول
اظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت والفائتة ليست كذلك بل انما توجد بعارض فمطلقه ينصرف
الى ظهر الوقت واقول الشرط المتقدم وهو ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي يحسم مادة هذه المقالة
وغيرها فان العمدة عليه لحصول التعيين به وهو المقصود والمقتدي بغيره ينوي الصلاة على
الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه فساد صلاة المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد
من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضررا ملتزما وان لم يذكر الامام وان اشترط في
امامة النساء لان حضورهن الجماعة مكروه فادى الوقوع في عامة الاصحاب قال رحمه الله
ويستقبل القبلة استقبال القبلة ايضا من شروط الصلاة لقوله تعالى فولوا وجوهكم
شطره اي شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال ان الله تعالى فلنولينك قبلة ترضاها ثم
امر بالتوجه شطر المسجد الحرام ثم المصلي اما ان يكون بمكة او غائبا عنها والاول فرضه اصابة
عينها لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة
والتابعون وكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى امر النبي صلى الله
عليه وسلم والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى ان اصابة
عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ
ابي عبد الله الجرجاني ان فرضه اصابة عينها يريد بذلك اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة عينها
وهو غائب عنها غير لا يطلع عليه فكان التكليف بها تكليفا بما ليس بمقدور فلا يجوز اشتراطها
واما من كان الشرط عنده اصابة الجهة فليس له حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها
فكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ ابو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المص
في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من
الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وقوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر بيان
ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف لاسيما يخل من اختفى من عدو او غيره ويخاف انه

اذا تحرك

اذا تحرك واستقبل القبلة ليشعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء او مضطجعا
حيث ما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت
السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز له ان يصلي حيث كان وجهه
لتحقق العذر فاشبه حال الاشتباه ومن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع
من يسأله اجتهد وصلى قيل بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بها منهم لم يجز
له الاجتهاد في امر القبلة وانما عليه السؤال وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد لان الصحابة
اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم وقوله
ولان العمل بالدليل الظاهر واجب ظاهر وقوله وليس في وسعها الا التوجه الى جهة التحري الى آخره
قيل هذا لا يصح جوابا للخصم لان له ان يقول سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال
العمل بان يأتي بما في وسعه مما امر به ولا يأثم به عند ظهور الخطأ وليس كلامنا فيه وانما كلامنا
اذا ظهر خطؤه بيقين ايكون فعله كلا فعل في حق وجوب الاعادة ام لا وليس فيما ذكرتم ما يدل
على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما اذا صلى في ثوب باجتهاده على انه طاهر فاذا
نجس وكما اذا توضأ بالتحري بماء في الاواني على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده
في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليها الاعادة فيها كلها لظهور الخطأ بيقين وجواب ان العمل بما في
وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه واجيب بالفرق بان النجاسة واشباهها
مما لا يحتمل الانتقال من محل الى محل فلم يجز له العمل لا بظاهر ما ادى اليه تحريه فاذا ظهر ما هو
اقوى منه ابطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان في ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعده بيقين
بل هو حين حكى كان ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة وكذا في حكم القاضي بالاجتهاد فيما فيه نص بخلافه
واما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة
الى الجهة اذا بعد من مكة ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيثما توجهت اليه
راحلته فيجعل ما صلى الى الجهة بالتحري اذا تحول رأيه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة وكان تبدل
الرأي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر به بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان
الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود فيها لا الامر بالتوجه الى الكعبة لانه
تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها تحريه وقوله
وان علم ذلك في الصلاة ظاهر وقوله بالكم والمتى من قرن المدينة يكون ولا ينوق وقوله من غير نقض
المؤدى قبله لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي
وقوله ومن ام قوما في ليلة مظلمة ظاهر وقوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين حال الامام قال
في النهاية وهذا القيد وهو علم المقتدي بحال كونهم مؤتمين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم فانه
لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم كذلك وان كان الامام في وقت الاقتداء على الصحة وفيه نظر لانه
قوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين حال امامه اعم من ان يكون علم قبل الاقتداء به او بعده وايا
ما كان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر المصنف في التجنيس رجل تحرى القبلة فاخطأ فدخل في

في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حاله الاولى
لا تجوز صلاة الداخل لانه دخل في صلاته وعلم ان الامام كان على الخطاء في اول صلاته ولو علم
من اول صلاته ان الامام على الخطاء ودخل في صلاته لم يجز فكذا هذا وقد استشكلت صورة
هذه المسئلة لانه وضعها في الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلم بحال الامام بصوته
واجيب بكون الصلاة قضاء وبكون الامام ترك الجهر نسيانا وبانهم عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم
لكن لم يميزوا من صوته انه الى اى جهة توجه وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير والله اعلم باب صفة
الصلاة لما فرغ من ذكر الوسايل شرع في بيان المقصود والوصف والصفة مترادفان
عند اهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو
كلام الواصف والصفة هي المعنى القايم بذات الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة
الحاصلة للصلاة باركانها وعوارضها قوله فرايض الصلاة ستة القياس ان يقال ست لان
الفرايض جمع فريضة لكن قاله على تاويل الفروض الذي هو جمع فرض وفي بعض النسخ ست وانما
قال فرايض الصلاة ولم يقل منها لان الفرايض اعم ويتناول الاركان وغيرها ومن المذكور
في الكتاب التحريمة وهي فرض وليست بركن والتحريم جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية
وانما اختصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف ساير التكبيرات
وهي فرض لقوله تعالى وربك فكبر اى وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وان يقال الله اكبر
روي انه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر فكبرت خديجة وفرحت وايقنت انه الوحي
فان سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كانه قيل اى اى شيء كان فلا تدع تكبيره
ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير ولان الامر للوجوب وساير ها
ليس بواجب بالاجماع فتعينت ضرورة وكذلك القيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اى مطيعين
وقيل خاشعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلاة ووجه الاستدلال
انه امر به بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلاة فكان واجبا فيها ضرورة
والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراءة
مقدارها وقول مخالفنا في الوجوب والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا على ما مر
من وجه الاستدلال قيل كان الناس اول ما اسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا
ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلاة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن
مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك ووجه الاستدلال انه
صلى الله عليه وسلم علق التمام اى تمام الصلاة بالفعل قرأ او لم يقرأ لانه عطفه باحد الامرين من قراءة
التشهد والقعود واحدهما وهو القراءة لم يشرع بدون الاخر حيث لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه
وانعقد على ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراءة البتة وكان هو المعلق به في الحقيقة
لاستلزامه الاخر وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة
واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اى فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو بظاهره

لا يفيد الفرضية فكيف يثبت بهذا التكلف العظيم اجيب بان قوله تعالى اقيموا الصلاة مجمل
وخبر الواحد لحق بيانا له والمجمل من الكتاب اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا
الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال فليكن الامر في قراءة
الفاتحة كذلك فتكون واجبة لان نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص فتكون الزيادة عليه
نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه اخر وهو ان خبر الواحد اذا كان متلقى بالقبول
جاز اثبات الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجات الركنية اعلى وقد ثبت ركنية
الوقوف بعرفات بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف و
جعل القعدة من فرايض الصلاة حيث ذكرها فيها فجاز ان يثبت بخبر تلقي بالقبول قال
رحمه الله وما سوى ذلك فهو سنة اى ما سوى ما ذكرنا من الفرايض فهو سنة اطلق يعني القدوري
اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الى اخره فلا يكون اطلاقا صحيحا والعذر ما ذكره
بقوله وسميتها سنة في الكتاب اى القدوري لما انه ثبت وجوبها بالسنة واعلم ان المراد
بالواجب ههنا ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدتا السهو وبالسنة ما فعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المواظبة ولم يتركها الا بعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات
الركوع والسجود وللصلاة آداب والادب فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او
مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على
القراءة المسنونة قوله ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة كالسجدة
الثانية في الركعة الاولى فانه من تركها ساهيا وقام واتم صلاته ثم تذكر فان عليه ان يسجد
السجدة المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احتراز عما شرع غير
مكرر فيها كالركوع فانه بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن
جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه لا تجب السجدة على من تركها ساهيا لانها
سنة فبتركها لا يتمكن كثير نقصان في الصلاة كما اذا ترك الثناء والتعوذ لان مبنى الصلاة
على الافعال دون الاذكار ووجه الاستحسان وهو الصحيح انه هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة
يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فاما تكبيرة الركوع وثناء الافتتاح فغير مضاف الى جميعها
فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا في الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجب ههنا ما تجوز
الصلاة بدونه وتجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما تجب السجدة بتركها ساهيا في الصلاة
بدونها جواز فتكون واجبة وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس ويعرف من هذا ان كل ما هو
واجب تجب سجدة السهو بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس واما على وجه الاستحسان فلا ينعكس
فانه ليس كل ما تجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة مضافة الى جملة الصلاة كما ذكرنا
فان قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجب ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم
يذكره ههنا وكذلك تعديل الاركان عند ابي حنيفة ومحمد اجيب بان مقصوده ههنا لم يكن ذكر
جميع الواجبات قيل بيانه ان ما سوى المذكور ليس بمنحصر في السنة وذلك يحصل بارادة صورة واحدة

وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين
الحقيقة والمجاز لانه حينئذ يكون المراد به السنة والواجب ايضا لانه يثبت بالسنة واجيب
بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كانا في محلين مختلفين على مذهب بعض العراقيين والشيخ
ابو الحسن القدوري عراقي فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد تبعه في ذلك وخلله ظاهر والحق
انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهي سنة ثابتة بالسنة والواجبات والسنن المذكورة في
هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة وقوله واذا شرع في الصلاة كبر اي اراد الشروع
لان التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد في المبسوط اذا اراد الرجل الدخول
في الصلاة كبر وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر وقوله وقال عليه السلام معطوف
على قوله لما تلونا معنى والتحريم مصدر حرّم وهو مضاف الى فاعله وهو الصلاة ولا يقدر له
مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شيء آخر وقوله التكبير لا يصلح ان يكون محمولا
على تحريمها ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلاة غير افعال الصلاة على
المصلي ليس عين التكبير ولا عكسه فيكون معناه تحريم الصلاة بالتكبير ولكن جعل التكبير
عين التحريمة مبالغة وهو اي التكبير شرط عندنا خلافا للشافعي فقوله حتى ان من تحرم بها ن
وبينا الاختلاف فعندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت
ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوات بشرط واحد يجوز وبركن واحد لا يجوز فان قيل الاقسام
العقلية ههنا اربعة بناء الفرض على الفرض وبناء النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء
النفل على الفرض وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية اولا فالجواب
ان بناء الفرض على الفرض جوّزه ابو اليسر قال في مبسوطه لو شرع في الظهر واتمها ولم يسلم وبنى
عليه عصرا فات عنه اجزاه ونفاه القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير
وبناء النفل على النفل يجوز واما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم
الجواز لان بناء المثل على المثل والاضعف على الاقوى معقول وموافق للاصول لان الشيء
يجوز ان يستتبع مثله او ما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل
الاقوى تابعا للادنى فان قلت قولهم الشرط يعتبر وجوده لا وجوده قصدا يقتضي جواز
هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب ان وجود الشرط لا يوجب المشروط والمانع وهو ما
ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا هو اي الشافعي يقول يشترط لها ما
يشترط لسائر الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو
ظاهر وكل ما يشترط له ما يشترط لسائر الاركان ركن قياسا على كل واحد من الاركان ولنا قوله
تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلاة على الذكر ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل
على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا اي ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرر
الاركان في كل صلوة كالركوع والسجود وقوله ومراعاة الشرائط جواب عن قوله يشترط لها ما
يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما هو لما يتصل بها من القيام

الذي هو ذكر الاركان اذ الاداء لما انفصل عن الاحرام في باب الحج لم يشترط للاحرام سائر شرائط الاركان
فان الوقت شرط لاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا والاتصال فيهما على نسق واحد
قال رحمه الله ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة رفع اليدين في اول الصلاة سنة بلا خلاف
لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه مع الترك وهو علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان
ذلك دليل الوجوب على ما سيأتي واختلفوا في افضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام وقاضي خان
مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه هو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي
عبارة عن القول والمحكي عبارة عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسي والذي عليه اكثر مشايخنا
انه يرفع يديه اولا فاذا استقر في موضع المحاذاة كبر وجعله المصنف اصح لان في فعله
وقوله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله تعالى ويثبت بقوله لله تعالى
فيكون النفي مقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف للتفريق بين الاصابع عند رفع
اليد بل يتركها على ما هي عليه من الضم والتفريق وما روي انه صلى الله عليه وسلم كبر ناشرا اصابعه
معناه ناشرا عن طيها قوله ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر ومذهبنا
قول ابي موسى الاشعري ومذهب الشافعي قول ابن عمر ذكره شمس الائمة السرخسي وقوله ولان
رفع اليد لاعلام الاصم قال في النهاية كان يجب ان يقول ورفع اليد لاعلام الاصم ايضا بزيادة
قوله ايضا لدفع التناقض صورة لانه ذكر اولا ان معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون
لغيره وكانه يحوم حول ان المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان يكون علة
مركبة فاذا قال ايضا كان نفي الكبرياء واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد ثم اعتذر بان
المصنف تابع شمس الائمة وقد ذكره كذلك فان دأبهم ترك التكلف وتفهيم المعنى وقيل لو كان
لاعلام الاصم لما اتى به المنفرد واجيب بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى واركعوا
مع الراكعين فيكون الانفراد نادرا على ان حكم الحكم لا تراعى في كل فرد فان قيل فعلى هذا يجب
ان لا يأتي به المقتدي اجيب بان الاصم يجوز ان يكون في الصفوف وقوله وهو بما قلناه اي
اعلام الاصم بما قلناه من رفعهما حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وقوله وما رواه يعني من
حديث ابي حميد يحمل على حالة العذر روي عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون
ايديهم الى الاذنين ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم
يرفعون ايديهم الى المناكب وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل لان رفع اليدين لما يكون بكفيها وكفها ليست بعورة
فكانت هي والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه
استر لها وقوله فان قال بدل التكبير يدل على ان الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع في الصلاة
اذا قال الله اكبر كان شارعا في الصلاة بلا خلاف وكذلك اذا قال الله الاكبر خلافا لمالك وكذلك
اذا قال الله الكبير خلافا له وللشافعي واما اذا قال الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله
او قال الحمد لله او سبحان الله او لا اله غيره فقد قال ابو حنيفة ومحمد اجزاه وقال ابو يوسف ان كان يحسن

التكبير اى يمكنه ان يقول الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز ومالك يقول لا يصح
فى ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول فلا يجوز غيره والشافعى يقول ادخال الالف واللام
فيه اى فى الخبر وهو اكبر ابلغ فى الثناء لان تعريف الخبر يقتضى حصره فى المبتدأ كما فى قولك
زيد العالم وقد عرف فى موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة فى مقابلة ما فاته من كونه منتهيا
فى الغاية بما زاد فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا فى صفاته تعالى
سواء لان اثبات الزيادة ليس بمراد فى صفات الله تعالى لعدم مساواة احد اياه فى اصل
الكبرياء حتى يكون افعل للزيادة كما يكون فى اوصاف العباد وكان افعل وفعيل سواء ولهما
ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله تعالى فلما رأينه اكبرنه اى عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا
من الالفاظ وهذا بناء على ان الفرض عمل اللسان والتكبير الشرعى يحصل بغيره اذا كان
فى معناه وقد قررناه فى التقرير وعلى هذا الخلاف لو قال الله يصير شارعا لان فيه معنى التعظيم لكونه
مشتقا من التأله وهو التحير وقال ابو يوسف ومحمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما
يكون بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب ان مناط الحكم حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر انه اذا
شرع بتلك الالفاظ هل يكره اولا قال بعضهم لا يكره وقال بعضهم يكره قال فى النهاية وهو
الاصح كذا فى المحيط قال رحمه الله فاذا افتتح الصلاة بالفارسية اعلم ان الافتتاح
بالفارسية والقراءة بها فى الصلاة والتسمية بها على الذبيحة جائز عند ابى حنيفة سواء كان
قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد ان احسن العربية لا يجزيه الا فى الذبيحة وان لم
يحسنها اجزاه فى الجميع ومحمد مع ابى حنيفة فى الافتتاح فى العربية فانه يجوزه باى لفظ كان
من اسماء الله على ما تقدم ومع ابى يوسف بالفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية قال لان لغة
العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال صلى الله عليه وسلم فى معرض تفضيل لسان العرب
على غيره انا عربى والقرآن عربى ولسان اهل الجنة عربى واما الكلام فى القراءة فوجه قولهما
ان القرآن اسم لمنظوم عربى كما نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا والقرآن
هو المأمور بقراءته فى الصلاة قال الله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن على ما يجى وهذا يقتضى
ان لا يترك حالة العجز ايضا الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كيلا يلزم تكليف ما ليس فى الوسع
وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه جاز له الايماء بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر
قال الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية
او لم يحسن فى قولهم جميعا وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان والعقود تصح بالاجماع
وروى عنهما فى القراءة كقولهما وروى انه لا يجوز لكنه اذا كان لا يحسن العربية فهو
امى يصلى بغير قراءة ولو قرأ بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس ولابى حنيفة قوله
تعالى وانه لفى زبر الاولين وصفه بكونه فى زبر الاولين ولم يكن القرآن بنظمه فيها لا محالة
فتعين ان يكون بمعناه فيها والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون
جائزا الحاقا به فان قيل قوله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا محكم لا يقبل التأويل وقوله تعالى

لفى زبر

لفى زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب الى ان الضمير للنبى صلى الله عليه وسلم فكيف
يترك المحكم به اجيب بانه تأويل بعيد يفضى الى التعقيد اللفظى بتفكيك الضمائر فى قوله
تعالى وانه لتنزيل رب العالمين الى آخره والكلام المعجز مصون عن ذلك فان قيل سلمنا استواءهما
فى الاحكام لكن يكونان متعارضين فمن اين تقوم الحجة فالجواب بان اعمال الدليلين ولو بوجه
اولى من اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفى زبر الاولين على حالة الصلاة لانها حال المناجاة
والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرآنا على غير حالة الصلاة
وقد قررناه فى التقرير ابسط من هذا وقوله ولهذا اى ولكون القرآن لم يكن فى الزبر بهذا
النظم جازت القراءة بالفارسية عند العجز ولا شك ان العجز لا يجعل غير القرآن قرآنا وقوله
الا انه يصير مسيئا استثناء من قوله اجزاه عند ابى حنيفة لمخالفته السنة المتوارثة وهى
القراءة بالعربية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول ابى سعيد البردعى فانه قال انما جوز
ابو حنيفة القراءة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية من العربية قال الكرخى
والصحيح النقل الى اى لغة كانت وقوله لما تلونا يعنى من قوله وانه لفى زبر الاولين فانه
كما لم يكن فيها بلغة العرب كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل
والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات وقوله والخلاف فى الاعتداد اى فى انه اذا قرأ بالفارسية
هل يكون محسوبا عن فرض القراءة اولا ولا خلاف فى عدم الفساد وقوله ويروى رجوعه
روى ابو بكر الرازى ان ابا حنيفة رجع الى قولهما وعليه الاعتماد لتنزله منزلة الاجماع
والخطبة والتشهد على هذا الخلاف اى يجوز قراءتهما بالفارسية عند ابى حنيفة خلافا لهما
وقوله وفى الاذان يعتبر التعارف قيل جواب عما يقال قراءة القرآن فى الصلاة لكونها ركنا
اعظم خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يعتبر بغير العربية فكيف جازت قراءة القرآن
ووجهه انا لا نسلم عدم جواز الاذان مطلقا بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن ابى
حنيفة انه لو اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم
حصول المقصود وهو الاعلام وكذا ذكر فى الاسرار وقوله وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لى
بيان ان الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا واما اذا كان مشوبا بحاجته
فلا يجوز بالاتفاق فى قوله اللهم اغفر لى لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما
خالصا وان قال اللهم فقد اختلف فيه قيل يجزيه لان معناه يا الله فتمحض ذكرا وهو قول اهل
البصرة وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله امنا بخير اى اقصدنا بخير وهو قول اهل الكوفة فلم
يكن تعظيما خالصا قيل والاول اصح بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق
من عندك ولو كان معناه اقصدنا بخير فسد المعنى قال رحمه الله ويعتمد بيده اليمنى
على اليسرى الاعتماد الاتكاء وتفسير الاعتماد ان يضع وسط كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى وقوله
ويعتمد اشارة الى الاعتماد وهو الوضع كما ذكرنا وفيه خلاف مالك فانه يقول بالارسال
روى عنه انه جعل الارسال عزيمة والاعتماد رخصة والى موضع الوضع وهو تحت السرة عند

الثاني ان الافضل ان يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان اهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روى انس ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر والمراد بقوله تعالى وانحر نحر الاضحية بعد صلاة العيد ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وابعد من التشبه باهل الكتاب وهو اي التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه سنة القراءة وثمرته تظهر في المصلي بعد التكبير فعندهما لا يرسل حالة الثناء وعند محمد يرسل فاذا اخذ في القراءة اعتمد والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي واصحابه قال الفضلي ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال اصحابنا السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قاله شمس الائمة الحلواني وهو الذي اشار اليه في الكتاب ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء والقنوت وصلاة الجنازة وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الارسال فيرسل في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوى قاضيخان وكما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة وقوله ثم يقول اي المصلي سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ومعناه سبحتك يا الله بجميع الائك وبحمدك سبحتك وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك ولم يزد على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وعنه انه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين قال شيخ الاسلام ولو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه منهم من يقول تفسد صلاته لانه كذب في صلاته ومنهم من يقول لا تفسد لانه يحمل على انه اراد به قراءة القران لا الانباء عن نفسه وقوله يضم اشارة الى انه ان شاء قدمه على الثناء وان شاء اخره عنه لان الضم صادق عليهما وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان البداية بالتسبيح اولى لقوله تعالى وسبح بحمد ربك حين تقوم ووجه قوله ما روى عن علي انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك فاذا وردت الاخبار بهما يجمع بينهما عملا بالاخبار ووجه قولهما ما روت عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم الى اخره ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تاويل ما رواه وهو انه محمول على التهجد فان الامر فيه واسع فاما في الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يأتي بقوله وجل ثناؤك في الفرائض لانه لم يذكر في المشاهير وقوله والاولى ان لا يأتي بالتوجه اي بقوله وجهت وجهي بعد النية قبل التكبير لتتصل النية به اي بالتكبير وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المتأخرين انه يقولها قبل التكبير منهم الفقيه ابو الليث لانه ابلغ في العزيمة وليكون عملا بما روي في الاخبار ووجه الصحيح انه يؤدي الى تطويل مكثه

في المحراب قائما مستقبل القبلة ولا يصلي وهو مذموم شرعا فانه روي انه صلى الله عليه وسلم قال ما لي اراكم سامدين وقوله ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافا لمالك فانه لا يرى بذلك لما روي عن انس قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى فاذا قرأت القران فاستعذ بالله الاية وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما قال به عطاء الا ان السلف اجمعوا على انه سنة وانما قال معناه اذا اردت قراءة القران نفيا لقول بعض اصحاب الظواهر انه يتعوذ بعد القراءة عملا بحرف الفاء فانه ليس بصحيح لما روى ابو سعيد الخدري انه صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ قبل القراءة وقيل الفاء ههنا للحال كما يقال اذا دخلت على الامير فتأهب اي اذا اردت الدخول وليس بواضح وقوله والاولى بيان لفظ يتعوذ به فان فيه للقراء اختلافا واختار الفقيه ابو جعفر الهندواني ان يقول استعيذ بالله ليوافق القران لانه الدليل الدال على التعوذ من القران وهو قوله تعالى فاستعذ فانه امر بالاستعاذة ويقرب منه اعوذ لاشتراكهما في الحروف الاصول وكانه احتراز عن قول من يقول اعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم وهو رواية حفص من طريق هبيرة لان قوله ان الله هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا من قوله تعالى فاذا قرأت القران الاية فيأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند ابي يوسف هو تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وانه من جنسه لانه دعاء كالاول وتبع الشيء يكون بعده فينبغي ان يأتي المقتدي به ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم معطوف على قوله ويستعيذ وقوله هكذا نقل في المشاهير احتراز عن قول مالك وما احتج به فانه يقول لا يأتي المصلي بالتسمية لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث انس وقوله ويسر بهما اي بالتعوذ والبسملة لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وامين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية رواه ابو هريرة قلنا هو محمول على التعليم كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام كما روي عن عمر انه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم لان انسا قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع احدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم واذا تعارضت الاثار وجب التاويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان الجهر في الابتداء قبل نزول قوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية فانهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة ايضا حتى نزل قوله ولا تجهر بصلاتك فان قيل خبر الاخفاء بالتسمية مما يعم به البلوى لحديث مس الذكر فان الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة ثلاث في كل يوم وليلة فلو كان هذا الخبر ثابتا في الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقي الاختلاف في الصدر الاول ولما بقي الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما في خبر الزكاة في مال الصبي اجيب بان الاحاديث التي تدل على ثبوت الجهر توجب الاختلاف فقد ذكرنا تاويلها والتاويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ في الصدر الاول اختلاف وفيه نظر لانه دفع

التاويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع والصواب ان يقال هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة
فانّ لنا ان نقول لخبر الجهر بالتسمية مما يعم به البلوى الى آخره وقوله يسرّ بهما الباء زايدة وقع سهوًا
لانه يقال اسرّ الحديث بلا باء قال الله تعالى سواء منكم من اسرّ القول ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي
بها في كل ركعة كالتعوذ وهو رواية الحسن عنه لانها ليست باية من اول الفاتحة وانما تقرأ للاستفتاح
الصلاة والصلاة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا يؤثر الفساد الواقع في اولها في آخرها فيكتفي
بها مرة واحدة وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف انه ياتي بها احتياطا لان العلماء اختلفوا
في التسمية انها من الفاتحة ام لا وعليه قراءة الفاتحة في كل ركعة وكان عليه قراءتها في كل ركعة ليكون
ابعد عن الاختلاف قال المصنف وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه
ياتي بها في صلاة المخافتة لانه اقرب الى متابعة المصحف ولا ياتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة
قال رحمه الله ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا
الى ركنية الفاتحة ومالك الى ركنية الفاتحة وضم سورة معها له قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا
بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي
وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فعملنا به وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة
الا بفاتحة الكتاب وهو كالاول ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال ان
قوله من القرآن ينطلق على ما يسمى قرآنا فيكون ادنى ما ينطلق عليه القرآن فرضا لكونه مأمورا به
فان قراءته خارج الصلاة ليست بفرض فتعين ان يكون في الصلاة وفي الآية كلام سؤالا
وجوابا ذكرناه في التقرير وقوله والزيادة بخبر الواحد جواب عما لك واثبات فهو كما ذكرنا
فان قيل لا نسلم انه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اجيب
بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسئلة وبانه مؤوّل
لاحتمال كونه مذكورا لنفي الجنس او لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد
وكان ظني الدلالة فلا تجوز به الزيادة واذا قال الامام ولا الضالين قال اي الامام آمين وانما
قال ذلك نفيا لشبهة القسمة التي يقتضيها ظاهر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام
ولا الضالين فقولوا آمين كما هو مذهب مالك لانه عليه السلام قال في آخره فان الامام يقولها اي كلمة
آمين ويخفونها اي الامام والمقتدون لما روينا من حديث ابن مسعود يريد به ما تقدم من قوله
لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين ولانه دعاء فيكون
مبناه على الاخفاء كما في خارج الصلاة قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب
ابي حنيفة ان الامام لا يقولها اصلا لانه داع والداعي لا يؤمّن فكيف يستقيم القول باخفائها
واجيب بان ابا حنيفة عرف ان بعض الائمة لا يأخذون بقوله لحرمة قول علي وابن مسعود
ففرّع الجواب على قولهما كما في باب المزارعة على ما يجيء ولكن ان ذلك غير ظاهر الرواية واما
على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب بانه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود
قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتامين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله

الداعي لا يؤمّن انه ممنوع فان التامين دعاء باجابة الدعاء الاول ولا فرق في ذلك بين
ان يكون من الداعي او غيره وربما استدل به الشافعي على سنية الجهر بالتامين في الجهرية من قوله
صلى الله عليه وسلم اذا امّن الامام فامّنوا بانه علق تامين القوم بتامينه وهو يدل على كون
تامينه مسموعا وليس بقوي لان تامينه يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم ان يكون
تامينه مسموعا والمدّ والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطاء فاحش قال في التجنيس تفسد
به صلاته وقيل عندهما لا تفسد لانه يوجد في القرآن في قوله تعالى ولا آمّين البيت الحرام **قال**
رحمه الله ثم يكبر ويركع المصلي بعدما فرغ من قراءته يكبر ويركع وهذه رواية القدوري وهذا
يقتضي ان يكون التكبير في محض القيام وبه قال بعض شايخنا ومن ذا بالمصنف في هذا الكتاب
ان يصرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين روايته ورواية القدوري فذكر
قوله وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط فانه يقتضي مقارنة التكبير للركوع لان مع للمقارنة
في المقارنة وبه قال بعض اخر وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع دليل
قوله ثم يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله اعظم من ان
يؤدي حقه بهذا القدر من العبادة لا يقال هذا الحديث يدل على انه يفعل عند رفع الرأس
من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم لان هذا حكاية فعله
عليه السلام من الراوي فلا تعارض قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا
ربنا لك الحمد فيحمل قولهم على ان المراد بقولهم ورفع بعضه لاحتماله ولانه كلام حكل لم تباشره فان
قيل فماذا تفعل بما روى بنو امية وعملوا به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حال الركوع وما
كبّر اذا رفع رأسه منه اجيب بانه على تقدير ثبوته رجحنا ما روينا لانه اثبت متنا واتقن
رواة لانه رواه علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة وما رووه فيه عبد الرحمن
بن ابزى ويحتمل انه صلى الله عليه وسلم كبّر الا ان عبد الرحمن لم يسمع وسمع غيره وهو مما يعم
به البلوى فلا يكون قوله وحده فيه حجة وقوله ويحذف التكبير حذفا اي لا يمدّ في غير موضع
المدّ لان المدّ في اوله خطاء من حيث الدين لكونه استفهاما فيكون شاكا في كبريائه وهو كفر
اذا تعمد به وفي آخره لحن من حيث اللغة اي عدول عن سنن الصواب في اللغة لان افعل
التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلاة عند بعض مشايخنا وهو
قول الفقيه ابي جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منهما اول
وآخر ومدّ الاول من الاول عمدا كفر لشكه في كبريائه وغيره عمد مفسد للصلاة وفيه
نظر لان الهمزة يجوز ان تكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد ومدّ الآخر منه لا يضر
لانه اشباع والحذف اولى ومدّ الاول من الآخر عمدا كمدّ الاول من الاول ومدّ الآخر منه اختلف
فيه قال بعضهم تفسد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد ويجزم الراء من التكبير لما روي عن ابراهيم
النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير
جزم وقوله ويعتمد بيديه على ركبتيه ظاهر وقوله الا في حالة السجود يعني انه يضم فيها لتقع

دون الاصابع مواجهة للقبلة وقوله وفيما وراء ذلك اى فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة
الافتتاح والتشهد يترك على العادة اى لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج وقوله لان النبي صلى الله
عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره روت عائشة انه كان يعتدل بحيث لو وضع على ظهره قدح من ماء
لاستقر وقوله ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوى راسه بعجزه لانه مامور بالاعتدال وذلك
بتساويهما وقوله لا يصوب راسه اى لا يخفضه ولا يقنعه اى لا يرفعه وانما فسر قول محمد
وذلك ادناه بقوله ادنى كمال الجمع جمعا بين لفظ المبسوطين فان شمس الائمة قال فى مبسوطه
لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون
هذا الذكر الا على قول ابى مطيع يعنى تلميذ ابى حنيفة وشيخ الاسلام قال فى مبسوطه يريد به ادنى
من حيث جمع العدد فان اقل جمع العدد ثلاثة والمصنف جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع
فان قيل المشهور فى مثله ادنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يتصور
فى الاثنين لان فيه جمع واحد مع واحد واما الكمال فهو الذى يكون ثلاثة لان فيه معنى الجمع لغة
واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا فى حكمه فيرجع الضمير اليه فيه مذكور اجيب
بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث فان زاد على الثلاث فهو افضل لكن على وجه لا يمل القوم ان كان
اماما لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره فيما روى عن محمد وقال ابو مطيع
فسدت صلاته لانه ركن مشروع فوجب ان يكون ذكره مفروضا كما فى القيام والجواب انه يلزم
الزيادة على قوله تعالى اركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز ثم يرفع راسه ويقول
سمع الله لمن حمده اى قبل الله حمده فان السماع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان
اذا قبل والهاء فى حمده قيل للسكتة والاستراحة وهو المنقول عن الثقاة وقيل كناية ويقول
المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر الروايات وروى ربنا ولك الحمد وروى اللهم ربنا لك الحمد
ولا يقولها الامام عند ابى حنيفة وقالا يقولها فى نفسه لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين وكان غالب احواله الامامة وقوله ولانه اى الامام حرض غيره
فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد ووجه
الاستدلال ما قال هذه قسمة والقسمة تنافى الشركة فان قيل هذا الحديث يعارض ما روى عن ابن مسعود
اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد اجيب بانه قال فى الاسرار انه غريب او بان الرجحان لحديث
القسمة لانه مرفوع الى النبي برواية ابى موسى الاشعرى وفيه نظر لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة
وقد تمسكنا به فى اخفاء التامين فيما تقدم وقوله ولهذا اى لان القسمة تنافى الشركة لا ياتى المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعى ولانه يقع تحميده اى تحميد الامام بعد تحميد المقتدى لان المقتدى
ياتى بالتحميد حين يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدى وهو خلاف موضوع
الامامة وقوله والذى رواه يعنى ابا هريرة انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين محمول
على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين فى الاصح وقوله فى الاصح احتراز عن القولين الآخرين
المذكورين بعده احدهما الاكتفاء بالتسميع والآخر الاكتفاء بالتحميد وجه الاكتفاء بالتسميع وهو

رواية النوادر ان الامام ياتى بالتسميع والمنفرد امام نفسه كما على الامام وجه
الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور فى الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يقتضى الحد وقوع الثانى
فى حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الا الاعتدال ذكر مسنون كما فى القعدة بين السجدتين
قال يعقوب سالت ابا حنيفة عن الرجل يرفع راسه من الركوع فى الفريضة ايقول اللهم
اغفر لى قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وكذلك يسكت بين السجدتين ووجه الاصح وهو
رواية الحسن عن ابى حنيفة ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع
بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد ياتى بالتسميع لما ذكرنا انه امام فى حق نفسه
وهو حث على الحمد وحيث لا مجيب يجب عليه ان يجيب وقوله والامام بالدلالة عليه آتٍ به
معنى جواب عن قولهما لانه حرض غيره الى آخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله قال
رحمه الله ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اذا استوى المصلى من ركوعه كبر وسجد اما التكبير
والسجود فلما بينا يعنى ما ذكر قبل هذا من قوله صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض
ورفع وما ذكر فى اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا اعلم ان تعديل الاركان وهو الاستواء
قائما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة فى الركوع والسجود
اى القرار فيهما ليس بفرض فيهما عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفرض ذلك بمقدار تسبيحة
وهو قول الشافعى وفائدة الاختلاف تظهر فى حق جواز الصلاة بدونه فعندهما يجوز
وعند ابى يوسف لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف فى ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى فى نوادره
استدل ابو يوسف بحديث الاعرابى وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه نقر نقر الديك
قم فصل فانك لم تصل نفى كونه صلاة بترك التعديل وكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها
ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت
والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فتعلق الركنية بالادنى فيهما ولان
الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لا تنسخ وموضعه اصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع
والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا فى الانتقال
اذ هو غير مقصود بل المقصود هو اداء الركن وقوله وفى آخر ما روى جواب عن حديث
الاعرابى وتقريره ان النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما صنع الاعرابى صلاة حيث قال وما نقصت
من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة كما لو
ترك الركوع او السجود ولانه لو كان فاسدا لكان الاشتغال به عبثا فكان تركه عليه السلام الى
الفراغ منه حراما فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا
فهل هو واجب او سنة فاما الطمانينة فى الانتقال وهى القومة والجلسة فهى سنة عندهما
واما الطمانينة فى الركوع والسجود ففى تخريج الجرجانى سنة وفى تخريج الكرخى واجبة حتى
تجب سجدتا السهو بتركها عنده ووجه الجرجانى ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن وكل ما هو
كذلك فهو سنة كالطمانينة فى الانتقال ووجه الكرخى ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن

مقصود بنفسه وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما
تقدم ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولاً ما كان اقرب الى الارض عند السجود وان
يرفع اولاً ما كان اقرب الى السماء فيضع اولاً ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع انفه
ثم جبهته ويرفع اولاً وجهه ثم يديه ثم ركبتيه وقوله ويعتمد بيديه على الارض ظاهر ومعنى
ادّعم على راحتيه اي اتكأ وهو افتعال من دعمت الشيء اي جعلت له دعامة وقوله وسجد على انفه
وجبهته تقديم الانف على الجبهة باعتبار ان الانف اقرب الى الارض فيضعه اولاً لما مرّ وقوله
فان اقتصر على احدهما يعني ان الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة جاز باتفاق علمائنا خلافاً
لك فيه وان كان الانف جاز عند ابي حنيفة ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر وهو رواية
اسد بن عمرو عن ابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعدّ منها
الجبهة اي على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا
الحديث وانه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته بالاجماع وهذه الاربعة من
تلك السبعة بل يستقيم الاستدلال به لابي حنيفة واجيب بان الاستدلال بهذا الحديث
انما هو على ان محل السجدة هذه الاعضاء لا على ان وضعها لازم لا محالة والانف غير هذه الاعضاء
المذكورة فلا يكون محلاً للسجدة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع
جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة عظمان ناتيان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر
واذا تعذر وضع الكل كان المامور به وضع البعض الا ان الخد والذقن خرجا بالاجماع اذ
التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة فصلحا محلاً للسجود فكذلك الانف
وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون محلاً للفرض او لا لا سبيل الى الثاني لان الفرض ينتقل اليه
بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلاً لما انتقل كالذقن بل ينتقل الفرض الى الايماء كما لو كان بهما
عذر فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في المشهور
فيكون الانف والجبهة داخلين على السواء ولو اكتفى بالجبهة لجاز فكذا لو اكتفى بالانف
ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما لان الساجد اسم لمن وضع الوجه
على الارض وقد روي انه صلى الله عليه وسلم قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي
وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي الكمال دون الجواز وقوله عندنا احتراز عن قول زفر وهو
قول الشافعي ومختار الفقيه ابي الليث انه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة
اعظم والجواب ما تقدم ان هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على ان وضع الجميع لازم واما
وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فرض في السجود فان سجد ورفع اصابع رجليه عن الارض
لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع احدهما جاز قال قاضيخان ويكره وذكر الامام
التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام
في مبسوطه وهو الحق وقوله وان سجد على كور عمامته ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور
كور والضبع بالسكون لا غير العضد وجافى بطنه اي باعد والبهمة ولد الشاة بعد السخلة

فان اول ما تضعه سخلة ثم تصير بهمة وقوله واذا سجد احدكم بالواو معطوف على اذا ركع
احدكم لانهما في حديث واحد وقوله ثم يرفع راسه ويكبر الرفع فرض لما ان السجدة
الثانية فرض فلا بد من رفع الراس ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة وقوله لما روينا
اشارة الى قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وقوله وتكلموا اي
المشايخ في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زايل جبهته عن الارض ثم اعادها جاز ذلك عن
السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع راسه بقدر ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب
من الاول وقال محمد بن سلمة لا تكون عنهما ما لم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظر انه رفع
راسه ليسجد اخرى فان فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة وفي القدوري
انه يكتفى بادنى ما ينطلق عليه اسم الرفع وجعل شيخ الاسلام هذا اصح وقال لان الواجب هو
الرفع فاذا وجد ادنى ما يتناوله اسم الرفع بان رفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال
المصنف والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجداً وان كان الى الجلوس
اقرب جاز لانه يعد جالساً فيتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو
المروي عن ابي حنيفة ذكره في شرح الطحاوي وتكلم مشايخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة
والسجود مرتين فذهب اكثرهم الى انه توقيفي واتباع للشرع من غير ان يعقل له معنى وقد
تعبدنا الشرع بما لا نعقل له معنى تحقيقاً للابتلاء ومنهم من ذكر له حكمة فقال انما كان
السجود مثنى ترغيماً للشيطان فانه امر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيماً له والى
اشار صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هما ترغيمان للشيطان وقيل في السجدة الاولى
تشير الى انه خلق من الارض وفي الثانية تشير الى انه يعاد اليها قال الله تعالى منها خلقناكم
وفيها نعيدكم وقوله وقد ذكرناه قبل اراد به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب
لذلك ان يقول لما روينا ولعله اشارة الى قوله لما روينا وقوله ولا يقعد اي لا يجلس جلسة
خفيفة ولا يعتمد بيديه على الارض بل على ركبتيه وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم
ينهض معتمداً على الارض لما روي في حديث مالك بن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
اذا رفع راسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على فعله صلى الله عليه وسلم على حالة الكبر
يعني فعل ذلك حين ما كبر واسن على ما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقول لا تبادروني
بالركوع والسجود فاني قد بدنت وما روينا محمول على حالة القدرة فيوفق بين الاخبار من
هذا الوجه او تترك الاخبار كلها للتعارض ويعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب ولان هذه
قعدة استراحة لانه لا يحتاج للفصل فان الفصل بالقعدة انما شرع فيما بين السجدتين او
بين الشفعين ولا حاجة الى واحد منهما والصلاة ما وضعت لها قال رحمه الله ويفعل
في الثانية مثل ما يفعل في الاولى يفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى
لانه اي الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة

الاول الا انه لا يستفتح قيل اي لا يقول سبحانك اللهم الى آخره وتسمى هذا دعاء الاستفتاح
ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة لان الذي روي صلاة النبي صلى الله عليه وسلم مارواه الا مرة
واحدة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وقال الشافعي يرفعهما عند الركوع وعند رفع
الراس منه لما روي في حديث ابن عمر وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ما
روى الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن في افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام
الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين اراد بهما الاولى والوسطى
دون العقبة والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء اي انه كان ثم نسخ
كذا نقل عن عبد الله بن الزبير وروي عنه انه راى رجلا يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه
في الصلاة عند الركوع وعند رفع الراس منه فلما فرغ من صلاته قال له لا تفعل فان هذا شيء
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفي المسئلة حكاية روي ان الاوزاعي لقي ابا ح
في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس منه
وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر انه عليه السلام كان يرفع يديه عندهما فقال ابو حنيفة
حدثني حماد عن ابرهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعي عجبا من ابي حنيفة احدثه
بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابرهيم فرجح حديثه بعلو اسناده فقال
ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري وابرهيم كان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر
لقلت بان علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب
فان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد والكلام في هذا الموضع كثير وهذا المختصر
لا يحتمله على ان المعتمد على الرواة ورواة اخبارنا المبذرقون من اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم الذين كانوا يلون النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ورواته ابن عمر ووائل بن حجر
كانوا يقومون بعيد منه عليه السلام والاخذ بقول الاقرب اولى وروي عن عباس انه قال ان
العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون ايديهم الا عند افتتاح
الصلاة وقوله واذا رفع راسه من السجدة الثانية ظاهر وقوله وبسط اصابعه وتشهد هل
يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة او لا لم يذكره فمن المشايخ من يقول بانه لا يشير لان في
الاشارة زيادة رفع لا يحتاج اليها فالترك اولى لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار ومنهم
من يقول يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في كتاب المشيخة حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه كان يفعل ذلك اي يشير ثم قال نصنع بصنيع رسول الله صلى الله عليه وسلم وناخذ بفعله
وهذا قول ابي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعيه الخنصر والتي تليها ويحلق
الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله ولان فيه توجيه اصابع يديه
الى القبلة يشير الى انه لا يحلق شيئا من الاصابع قال رحمه الله والتشهد التحيات لله

اعلم

اعلم ان لعمر تشهدا ولعلي تشهدا ولعبد الله بن مسعود تشهدا ولعائشة تشهدا ولجابر تشهدا
ولغيرهم ايضا تشهدا وعلماؤنا اخذوا بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس
وهو ما ذكره في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة
الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله
قال والاخذ بما رواه ابن عباس اولى لوجوه اربعة احدها ان فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني
انه يوافق القران على ما قال تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة والثالث انه ذكر السلام بغير الالف
واللام واكثر تسليمات القران مذكور بغير الف ولام قال الله تعالى سلام عليكم طبتم قالوا سلاما
قال سلام وسلام عليه يوم ولد واشرف الكلام ما وافق القران والرابع انه متاخر عن خبر ابن
مسعود لان ابن عباس كان صغير السن وكان ينقل ما تاخر من الشرع واصحابنا قالوا الاخذ
بتشهد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله
وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله
اولى بوجوه ذكر بعضها في الكتاب فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما
كان يعلمني سورة من القران وقال قل التحيات لله الى اخره فقوله قل امر واقل مرتبة الاستحباب
وقوله السلام عليك بالالف واللام يفيد الاستغراق وقوله والصلوات بالواو يفيد تجديد الكلام
كما في القسم وقوله اخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تاكيد وقوة فذلك اربعة اوجه وقد ذكر وجوه
اخرى منها ان قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلوة وغيرها فاذا قال الصلوات بغير واو
صار تخصيصا وبيانا انه اراد به الصلوات لا غير ومتى قال بالواو يبقى الاول عاما فيكون ابلغ
في الثناء فكان اولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فانه اذا قدم على الممدوح في ابتداء الكلام ومتى
اخره كان محتملا وازالة الاحتمال باول الكلام اولى ومنها انه علق به تمام الصلاة فدل على ان التمام
لا يوصل بدونه ومنها ان تشهد ابن مسعود احسنها اسنادا هكذا قال ائمة الحديث ومنها ان
عامة الصحابة اخذوا بتشهده فانه روي ان ابا بكر علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
التشهد مثل ما قال ابن مسعود هكذا روى سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية ومنها اشتمال
تشهده على لفظ العبد الذي يدل على ما يدل الى كمال الحال قال الله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ذكره
بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان اعلى مرتبة عليه السلام ومنها حسن ضبطه فان ابا حنيفة قال
اخذ حماد بيدي وقال حماد اخذ ابرهيم بيدي وقال ابرهيم اخذ علقمة بيدي وقال علقمة اخذ ابن
مسعود بيدي وقال ابن مسعود اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد والجواب
عن قوله فيه زيادة كلمة اما الزيادة لو كانت مرجحة لكان تشهد جابر اولى وبه قال الثوري لان
فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي خبرنا زيادة الواوات والالف واللام وقوله عبده فكان
اولى وعن قوله يوافق القران انه ليس بمرجح لان قراءة القران في القعدة مكروهة فكيف
يستحب ما يوافقه وعن قوله اكثر التسليمات بغير الف ولام انه لا يستلزم الموافقة وقد قلنا
انها مكروهة على ان السلام في القران جاء بالالف واللام ايضا قال الله تعالى والسلام علي يوم

ولانه والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله ان ضيا بن عباس متاخر انه ليس كذلك لانه روى الكرخي في
حديث ابن مسعود قال كنا نقول في اول الاسلام التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات لله السلام
على جبريل والملائكة فنزل على ان خبره متاخر عما رواه ابن عباس وقوله لان ابن عباس يروي
آخر السنة ليس بشيء لان احدا لم يرجح رواية اصاغر الصحابة على اكابرهم ولان ابن مسعود
ان تقدمت هجرته فقد دامت صحبته الى ان قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل في تفسير التحيات
التحيات اي العبادات القولية لله والصلوات اي العبادات البدنية لله والطيبات اي العبادات
المالية لله وقوله السلام عليك حكاية السلام الذي رده الله تعالى على نبيه عليه السلام ليلة
المعراج لما اثنى على الله بثلاثة اشياء رد الله عليه في مقابلتها ثلاثة اشياء السلام بمقابلة التحيات
والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة هي النماء والزيادة وقوله ولا يزيد على
هذا اي على مقدار التشهد وقال الشافعي في الجديد يسن الصلاة على النبي في القعدة الاولى
لحديث ام سلمة في كل ركعتين تشهد وتسليم على المرسلين ولنا قول ابن مسعود علمني رسول الله
صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلاة وآخرها فاذا كان في وسط الصلاة نهض اذا
فرغ من التشهد واذا كان في آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع
فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة او المراد سلام التشهد قال رحمه الله ويقرأ
في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب ويقرأ في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث
ابي قتادة وهو ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ
في الظهر في الاوليين بام الكتاب وسورتين وفي الاخريين بام الكتاب وهذا بيان الافضل وقوله
هو الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ان القراءة في الاخريين واجبة حتى لو تركها
ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا
كما في الركوع والسجود وجه الصحيح ما ذكره ان القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك بعد ان شاء الله
تعالى وقوله ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى قيل انما قيل في الاخيرة ليتناول قعدة
الفجر وقعدة المسافر وليس بواضح لان قوله كما جلس في الاولى ينبو عن ذلك وقوله لما روينا
من حديث وائل بن حجر يريد به قوله يروى ذلك في حديث وائل وقوله وعائشة اي حديث عائشة
وهو قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولانها اي الجلسة
على تلك الصفة اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك قال مالك المسنون في القعدة
ان يقعد متوركا بان يخرج رجليه من جانب ويفضي باليته الى الارض في القعدتين جميعا وما
كان اشق فهو افضل والذي يروي مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه
الطحاوي قال هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولئن صح
كان محمولا على الكبر وقوله وتشهد معطوف على قوله جلس وهو واجب عندنا وصلى على النبي
صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما اي في قراءة التشهد والصلاة على
النبي فانهما فرضان عنده اما التشهد فلما روى ابن مسعود كنا نقول قبل ان يفرض التشهد السلام

على الله

على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال النبي عليه السلام قولوا التحيات لله الى ان قال في آخره
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك اطلق اسم الفرض على التشهد وقال قولوا والامر للوجوب
وعلق التمام به فلا تتم بدونه واما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فلقوله تعالى صلوا عليه والامر
للوجوب ولا وجوب خارج الصلاة فكان فيها ولنا عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود فانه
علق التمام باحد الامرين واجمعنا على ان التمام معلق بالقعدة فانه لو تركها لم يجز فلا يتعلق
بالثاني ليتحقق التخيير فان موجب التخيير بين الشيئين الاتيان باحدهما وكذا على عدم فرضية
الصلاة عليه لانه علق باحدهما فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلاة فقد خالف النص والجواب عن
استدلاله بالحديث ان معنى الفرض التقدير اي قبل ان يقدر التشهد والامر وصله على سبيل التعليم
فلا يفيد الفرضية فانه لم يفدها في بعض الكلمات فان الفرض عندهم خمس كلمات وقد اجبنا عن قوله
علق التمام به آنفا وعن الآية انا لا نسلم انه لا وجوب خارج الصلاة فانها واجبة فيها مرة ولهذا
كما ذكره الكرخي او كلما ذكر النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا دونه الامر لان الوجوب
الذي يقتضيه الامر قد حصل فانه لا يدل الآية على كونها في الصلاة البتة وهو مختار صاحب
التحفة وقول الكرخي مختار شمس الائمة وكيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول
اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد وبارك على محمد
وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن ابان عن محمد بن الحسن
عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وجابر انهم قالوا يا رسول الله عرفنا السلام
عليك فكيف الصلاة عليك فقال عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد
وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم في العالمين
انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان يقول يخرج امرنا بتعظيم الانبياء دون قوله
وفي قوله وارحم محمدا نوع ظن بالتقصير واليه ذهب شيخ الاسلام فيكره ذلك وقال شمس الائمة
السرخسي انه لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عتب على من اتبع الاثر ولان
احدا لا يستغني عن رحمة الله وقوله في الفرض المروي اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن استدلاله
قال رحمه الله ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة هذا معطوف
على قوله وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وما يشبه الفاظ القرآن مثل ان يقول اللهم اغفر لي ولوالدي
ومثل قوله اغفر لي ولوالدي والادعية المأثورة يجوز بالنصب عطفا على الفاظ ويجوز بالجر عطفا
على القرآن والمأثورة هي المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابي بكر انه
قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني يا رسول الله دعاء ادعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني
ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور
الرحيم وكان ابن مسعود يدعو بكلمات منهن اللهم اني اسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم
اعلم واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم وقوله لما روينا من حديث ابن مسعود يريد
به قوله واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وقوله وقال له النبي صلى الله عليه وسلم يعني حين

قال له اذا قلت هذا الى آخره وقال له ثم اختر من الدعاء اعجبه واطيب الكلم بتذكير الضمير هو الموافق لما ذكر في السنن وفي بعض نسخ الهداية اعجبها واطيبها قالوا وليس بشيء ولئن صح بالتانيث فعلى تاويل الدعوات لحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام وقيل على تاويل الكلمات وقوله ليكون اقرب الى الاجابة وذلك لانه يستجيب الدعاء الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحسن من الكريم ان يستجيب بعض الدعاء دون بعض فيستجيب الجميع ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد والمراد بكلام الناس لا يحبط الصلاة بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلاة فكيف ما يشبهه وهذا عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان كلام الناس صنع من المصلي فتتم به صلاته فكان بالدعاء الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن الصلاة لا مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال ما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل ان يقول بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله مما يشبه الفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر لاخي ينبغي ان لا يجوز نظرا الى الاول وقد نقل عن ابي بكر محمد بن الفضل انه يجوز به نظرا الى الثاني ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس المراد ان يكون الفاظ الدعاء الفاظ القرآن فلا يمتنع اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سؤاله من الناس واختلف في قولهم اللهم ارزقني فمنهم من يقول لا بأس به لان الرازق هو الله تعالى ليس الا ومنهم من يقول تفسد به الصلاة واختاره المصنف وفي بعض النسخ هو الصحيح لاستعماله فيما بين الناس يقال رزق الامير الجيش وقوله ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك التسليم وعلى هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وروى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم على يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة اولى مما قال به مالك انه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يرونه عليه السلام وعائشة كانت في صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحتمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي انه عليه السلام كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وهذا وضع لما مر بالصفين وفي وضع الاصل قدمت الحفظة وليس في ذلك دلالة على ان بني آدم افضل من الملائكة ولا عكسه لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوي عند التسليم لانه اقامة سنة فليكن بالنية كما في سائر السنن وهكذا قالوا في التسليم خارج الصلاة ينوي السنة وكذا في الثانية ان ينوي فيها ما نوى في الاولى وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد ابيتم اشتراط النية في الوضوء بهذا الحديث فكيف استدل به ههنا فالجواب انا ابينا اشتراطها لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وههنا ما جعلناها شرطا وانما استدللنا بظاهر لفظه على سنية ما لا يخالف الكتاب ولا السنة حتى يستلزم الزيادة قال صدر الاسلام هذا شيء تركه الناس لانه قلما ينوي احد شيئا ولا ينوي النساء في زماننا يعني ان ما قال محمد من نية النساء كان في زمنهم واما في زماننا فلا

ينوي النساء لان حضورهن الجماعات متروك باجماع المتاخرين ولا من شركة له في صلاته من الجن والغيبة وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الحاكم الشهيد انه ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح ان سلام التحليل خطاب والخطاب حظ الحاضر بخلاف سلام التشهد لانه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده على ما قال صلى الله عليه وسلم اذا قال المصلي السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من اهل السماء والارض قال رحمه الله ولا بد للمقتدي من نية امامه قيل تخصيص الامام بالذكر يريد قول من يقول ينوي من يشاركه في الصلاة دون غيره وقوله فان كان الامام في الجانب الايمن ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان الامام ينويه بالتسليمة الاولى لا غير كذا ذكره فخر الاسلام ترجيحا للجانب الايمن والاصح الجمع لان الجمع عند التعارض ممكن فلا يصار الى الترجيح وعما قيل الامام يجعله في الملائكة ينويهم لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية وقوله ولا ينوي في الملائكة يشير الى ان المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به ذلك وهم اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيئات بل المراد بها من معه من الملائكة ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لان الاخبار في عددهم قد اختلفت روي عن ابن عباس انه قال مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيئات وآخر امامه يلقنه الخيرات وآخر وراءه يدفع عنه المكاره وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم يبلغه الى الرسول صلى الله عليه وسلم وفي بعض الاخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان كذلك فينويهم بدون حصر في عدد فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام نؤمن بكلهم ولا نحصرهم في عدد لئلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم وقوله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ووجه التمسك به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحلل في الصلاة بالسلام فمن اثبت بغيره فقد خالف النص لانه لا مدخل للقياس في ذلك كالتحريمة ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ووجه التمسك انه عليه السلام حكم بتمام الصلاة قبل السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضية امر آخر ووجوبه الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد ومثله لا يثبت الفرضية والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في القراءة

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وبيان اركانها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون سائر الاركان وابتداء بذكر الجهر والاخفاء دون ذكر القدر وان كان العكس متعينا لان القدر معنى راجع الى الذات والجهر والاخفاء راجع الى الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الاداء الكامل والقدر

يعم القاصر ايضا فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالاداء الكامل الذي هو الاصل في شرعية
الصلاة اولى ثم المصلي اذا كان اماما يجهر في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء
ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور المتوارث اي المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة
والتابعين ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب بالسنة وهو ما روي عن ابي هريرة
انه قال في كل صلاة نقرأ فما اسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمعناكم وما اخفى علينا
اخفينا عليكم وباجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت وبالمعنى الفقهي فانه ركن من اركان الصلاة
فيجب اظهارها في الصلاة كلها كسائر الاركان ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر
بالقراءة في الصلاة كلها في الابتداء الا ان الكفار لما لغوا عند القراءة وغلطوه في الظهر والعصر
ترك الجهر فيهما بحال العذر والعذر وان زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف
واما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين ونياما فجهر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالقراءة في هذه الصلوات على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع
نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس معه من يسمعه فلما تجاذب موجب الجهر
والاخفاء ثبت التخيير واما ذكر قوله واسمع نفسه دفعا لما يقال فائدة الجهر الاسماع ولا اسماع
ههنا اذ ليس معه احد يسمع ووجهه ان الفائدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من فائدته اسماع نفسه
فيجهر لذلك وبيانا للحكم وهو انه لا يجهر ههنا كل الجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل يكتفي بادنى الجهر
فكان معناه ان شاء جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر افضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة
ويخفي الامام القراءة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء
اي ليست فيها قراءة مسموعة انما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عباس وتفسيره فانه يقول
لا قراءة في هاتين الصلاتين لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة والدليل
على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب بن الارت بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم
في صلاة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وبما روي عن ابي قتادة كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يسمعنا الآية والآيتين في الظهر احيانا وقال مالك يجهر الامام بهما في عرفة لان الصلاة
هناك تقام بجمع عظيم كما في الجمعة والحجة عليه ما روينا واورد عليه بانه ليس بحديث وانما
هو من كلام الحسن البصري ذكره في المغرب والفائق للزمخشري ولئن سلم فهو عام مخصوص
خص منه الجمعة والعيد فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة واجيب بان اصحابنا تمسكوا به
ونقلوا ان ابن عباس كان يفسره بعدم القراءة كما تقدم وليسوا من اهل السهو والبلادة
ولو لا ثبت عندهم اسناده لما نقلوا ذلك وعن الثاني بان الجمعة والعيدين ليستا بمخصوصتين
لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بالقراءة وكان
نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذا في الاعياد وبه عرف حكم الجمعة والعيدين والنقل
المستفيض اي الحديث المنتشر ما روى ابو حنيفة في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير ان النبي

صلى الله

صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية وهو يدل على
انه كان يجهر حتى تسمع قراءته وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق
المنفرد وهذا يدل على ان الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وروت عائشة ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان في تهجده يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ولا يظن انه عليه السلام كان يفعل الا
الافضل وليس في بعض النسخ قوله ومن فاتته العشاء الى قوله ومن قرأ في العشاء والصواب
ذكرها لانها من اصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير هذه المسئلة
هذا الكتاب والمصنف التزم ذكر مسائل الجامع الصغير وقوله وان كان وصلها خافت حتما هو الصحيح
مخالف لما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي في شروحهم
للجامع الصغير فانهم قالوا الجهر افضل لان القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء المنفرد مخير بين
الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في القضاء واما تعليل المصنف فتقريره ان الجهر اما ان يكون
واجبا او جائزا وسبب الاول الجماعة والفرض ههنا عدمه وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه
فتعين الاخفاء ومنع بان السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون موافقة القضاء الاداء
سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالاجماع
وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضاء الاداء فليس على سببيتها اجماع ولا نص يدل
عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابتداء وهو نوع الى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل
ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح هو الصحيح دراية
لا رواية فان اكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا آنفا ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ
فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة
وجهر بهما على الصحيح كما ذكره وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما
لان كل واحد منهما واجب ولهذا لو ترك احدهما ساهيا وجب عليه سجدة السهو وقضاها في الشفع الثاني
او لم يقض الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ما له
مشروعا ليصرفه الى ما عليه والسورة في الاخريين غير مشروعة وكلها وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة
الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة اذ في
التقدير انه قرأ السورة ثم تقضى الفاتحة في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع الثاني يجعل الذي وقع
في الشفع الاول فتكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف الموضوع ونوقض بترتب الفاتحة التي في
الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه تترتب الفاتحة على السورة وهي
مشروعة لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراءة الفاتحة على
وجه قراءة القرآن ولقائل ان يقول الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني نجعلها كالواقعة في الشفع الاول
فلتعتبر انها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس
والجواب ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول لضرورة تدارك الفائت ان امكن وليس بممكن الا باستلزام
تغيير المحسوس والضرورة ضعيف لا يثبت به تغيير المحسوس بخلاف ما اذا ترك السورة لانه

امكن قضاؤها على الوجه المشروع وهو ترتيب السورة على الفاتحة والجواب عن قول ابي يوسف انا لا
نسلم ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة
في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قرأ فيهما لا يلزمه سجود السهو وقوله ثم ذكر هاهنا اي في الجامع
الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال قرأ فيكون بمنزلة الامر اي آكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب
لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين احب ان يقضيها اما وجه ما ذكره في الجامع الصغير فقد بينا
واما وجه ما ذكر في الاصل فما قال في الكتاب لانها اي السورة ان كانت مؤخرة عن الفاتحة ففي
موصولة بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل
وجه ولم يذكر الشق الاخر وهو ان تكون مقدمة على الفاتحة لبعده لانه يقضي المغير مشروع في
وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم وقوله ويجهر بهما هو الصحيح احتراز عما
روى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يجهر بالسورة خاصة لان في الفاتحة مؤدى فيراعى
صفة ادائها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان يجهر بالاداء ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة
في ركعة واحدة تقديرا لان القضاء يلتحق بمحل الاداء وعما روى هشام عن محمد انه لا يجهر
اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة
واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكر ان الجمع بين الجهر والمخافتة في
ركعة واحدة شنيع فاما ان يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب وهو
السورة لاجل مراعاة صفة النفل وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير
صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو اولى **قال** رحمه الله ثم المخافتة ان يسمع نفسه اعلم
ان اجراء الحلاة المستعملة على اللسان على نوعين كلام وقراءة لان الغرض منه اما ان يكون افادة
النسبة المخاطب اولا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراءة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة
وقد اختلف علماؤنا في الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني الى ان المخافتة هو ان
يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجمة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة والجهر هو ان يسمع غيره فهو كما ترى
جعل كل واحد منهما نوعين من الكيفيات المسموعة وقال لان مجرد حركة اللسان بدون الصوت
لا تسمى قراءة يعني لا لغة ولا عرفا وفيه نظر فان من راى المصلي الاطرش او عن من بعيد يحرك شفتيه
يخبر عنه انه يقرا وان لم يسمع منه شيء وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة
تصحيح الحروف وقال لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ فان الاطرش يتكلم ولا يسمع
وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه
بان الكتابة يوجد فيها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لانه لم يجعل تصحيح
الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة الا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان قوله وفي
لفظ الكتاب قيل يعني في مختصر القدوري وهو ما ذكره في اول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر واسمع
نفسه وان شاء خافت وقيل في المبسوط حيث قال وان كان وحده وكانت صلاة يجهر خفيا بالقراءة قرأ
في نفسه ان شاء جهر واسمع نفسه وشيخ الاسلام ولهذا الكلام نصرة لابي جعفر بانه اراد بقوله

وقراءة

وقراءة في نفسه ان يسمع نفسه لا غيره وبقوله وان شاء جهر واسمع نفسه ان يسمع نفسه وغيره
نصا وكانه قال المنفرد فيما يجهر خفيا بالقراءة بالخيار ان شاء اسمع نفسه لا غير وان شاء اسمع نفسه
وهذا كما ترى تاويل الغير محتمل اذ ليس في كلام محمد ما يحتمله وقوله وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق
يعني اذا قال انت طالق او انت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني
وكذا اذا جهر بهما وطابقه بالاستثناء والشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم يقعا في الاستثناء اصلا
وتاخر الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على
الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة **قال** رحمه الله وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلاة القراءة
في الصلاة اما ان تكون في الحضر او في السفر فان كانت في الحضر فهي على ثلاثة اقسام قسم يتعلق به الجواز
وقسم يخرج به عن حد الكراهة وقسم يدخل به في حد الاستحباب وان كانت في السفر فاما ان يكون
المصلي في عجلة من السير او امنة وقرار والحكم ما ذكر خلا ان في العجلة تاثيرا في التخفيف وادنى
ما يجزئ من القراءة في الصلاة سواء كانت في الحضر او في السفر عند ابي حنيفة آية واحدة وان كانت
كلمتان فصاعدا بلا خلاف بين المشايخ وان كانت كلمة واحدة كمدهامتان او حرفا واحدا كص ففيه
اختلاف بين المشايخ وقالا ثلاث آيات قصار او آية طويلة كآية الكرسي وآية المداينة لان الرجل
لا يسمى قارئا بدونه اي بدون المذكور من ثلاث آيات او آية طويلة فاشبه قراءة ما دون الآية
وقراءة ما دون الآية غير مجزئة فكذلك قراءة الآية وحقيقة كلامهما ان الآية الواحدة وان كانت قرآنا
حقيقة الا انه في العرف ينطلق على ثلاث آيات او آية طويلة فيصار اليه ولابي حنيفة قوله تعالى
فاقرءوا ما تيسر من القرآن من غير فصل بين آية وما فوقها وهذا لان الآية الواحدة قرآن حقيقة
وحكما اما حقيقة فظاهرة واما حكما فلانها تحرم قراءتها على الحائض والجنب فيدخل في اطلاق
قوله من القرآن قوله الا ان ما دون الآية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القرآن
مطلقه من غير فصل لجاز بما دون الآية كما جاز بالآية لان الاطلاق يتناولهما تناولا واحدا
ولكن لم يجز بما دون الآية فكذلك بالآية ووجهه ان ما دون الآية لم يدخل في الاطلاق بالاجماع
لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القرآن ما هو قرآن حقيقة وحكما وما دون الآية وان كان
قرآنا حقيقة لكنه ليس بقرآن حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق اليه وعلى هذا التقرير
يكون قوله خارج بمعنى لم يدخل لانه ابرز الكلام مبرز الاطلاق والتقييد لا العموم ولا الخصوص
ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز ولان التخصيص عندنا ليس بطريق الاخراج
بل بطريق ان المخصوص لم يدخل تحت الجملة على ما عرف في اصول الفقه وله زيادة تقرير قررناها
في التقرير وقوله والآية ليست في معناه اي في معنى ما دون الآية مستغنى عنها الا انه ذكره لدفع
من عسى ان يتوهم ان ما دون الآية اذا لم يدخل تحت الاطلاق فتلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست
في معناه فيلحق به قوله وفي السفر انما قدم الكلام في السفر مع انه من العوارض وهو الليق بالتاخير
اما لانه مظنة قلة القراءة فكان انسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما لان شعب بحث الحضر كثيرة فاراد
ان يفرغ من بحث السفر ليدخل في بحث الحضر على فراغ وكلامه في السفر ظاهر والامنة بفتح الميم هو الامن

ولما كان السفر مظنة التخفيف دير الحكم عليه وخفف في القراة وان كان المسافر حال الامن لانه يرى انه اثر في اسقاط شطر الصلاة وان كان على امنة وقرار فلان يؤثر في تخفيف القراة اولى فان قيل
هذا التعليل مخالف لما ذكر في طرق ابي حنيفة في مسئلة الاروات في باب الانجاس حيث استدل
ههنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وابى ذلك هناك اجيب بالفرق بين الموضعين
بان العمل بتخفيف القراة عمل بالدلالة لان كل شيء ظهر تاثيره في الاصل كان ظهور تاثيره في الوصف
اولى لكونه تابعا للاصل بخلاف الاروات فان الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة وكفت
مؤنتها بها فلا تعمل ثانية ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين اربعين اية او خمسين سوى فاتحة الكتاب
ويروى من اربعين الى ستين ويروى من ستين الى مائة وبكل ذلك وردت الاثار قال سورة التجلي
تلقفت سورة قاف واقتربت من في رسول الله صلى الله عليه وسلم لكثرة قراءته لهما في صلاة الفجر وق
خمس واربعون اية واقتربت خمس وخمسون اية او ست وخمسون وروي عن ابن عباس ان
النبي صلى الله عليه وسلم قرا في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل اتى على الانسان والاولى
ثلاثون والثانية احدى وثلاثون فلما اختلفت مقادير قراة رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت
رواية محمد فيها وفي لفظ الكتاب اشارة الى ان هذه المقادير انها كانت انما تكون في الركعتين لا في
ركعة واحدة حتى تكون على رواية الاربعين في كل ركعة عشرون قوله ووجه التوفيق يعني بين الروايات
وهو ظاهر وقوله وفي الظهر مثل ذلك اي مثل ما قرا في الفجر لاستوائهما في سعة الوقت وروي ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الظهر الم السجدة قال ابو سعيد الخدري سجد رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الظهر فظننا انه قرا الم السجدة وقد روينا انه كان يقرا في صلاة الفجر الم تنزيل السجدة
وفي الثانية هل اتى على الانسان فدل على انه قرا في الظهر ما قرا في ركعتي الفجر وقال في الاصل او دونه
لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال وروى ابو سعيد الخدري انه كان يقرا في الظهر
قدر ثلاثين اية وهو نحو سورة الملك وقوله والعصر والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه
الاستحباب يقرا فيهما باوساط المفصل لما روى جابر بن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في
الركعتين الاوليين من العصر والسماء ذات البروج والسماء والطارق وحديث معاذ بن جبل
ان قومه شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل قراءته في العشاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم افتان
انت يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحاها وفي المغرب بقصار المفصل لما روي انه
صلى الله عليه وسلم صلى بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج
والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الاخر وقيل طواله من الحجرات الى عبس والاوساط
من كورت الى والضحى والقصار منها الى اخر المصحف وقوله ويطيل الركعة الاولى من الفجر بيحري
التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ويعلمانه للناس على ادراك الجماعة ولا
يطيل في غيرها عندهما وقال محمد احب الي ان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى
ابو قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل القراءة في الركعة الاولى في الصلوات كلها ولهما ان
ركعتي الصلاة مطلقا استوتا في استحقاق القراءة لكونها ركنا في الجميع وكل ما كان كذلك يستوي

في المقدار

في المقدار لا يعارض غير اختياري لان سبب الحروف متحد وسبب التفاوت غير موجود وقلنا
يعارض غير اختياري يخرج صلاة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها وللقائل يرد ما يقال
في جانب محمد ان معنى تطويل الركعة الاولى على الثانية موجود في ساير الصلوات الا ان الغفلة في الفجر
بسبب النوم وفي غيره باشتغال الناس بالكسب لان غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر
في التطويل بالايات ان كانت متساوية او متقاربة من حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوتة
من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار زيادة احداها على الاخرى فمنهم من اعتبر
الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولى والثلث في الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي
ان يقرا في الاولى بثلاثين اية وفي الثانية عشر ايات او عشرين وهذا بيان الاولوية واما
بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا بان قرا في الاولى باربعين وفي الثانية بثلاث ايات
واما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون
ثلاث ايات لان النبي صلى الله عليه وسلم قرا في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول باية ولما قال
في الكتاب من قوله لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرايض واما
في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة احدى الركعتين على الاخرى مكروهة وقيل ليست بمكروهة
لان امر النوافل اسهل لا يرى انها جائزة قاعدة مع القدرة على القيام قال رحمه الله
وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها هذه المسئلة والتي بعدها يترآى انهما في افادة
الحكم واحد وليس كذلك بل كل منهما متغايران وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري
والثانية من مسائل الجامع الصغير وقد التزم الاتيان بهما اذا اختلفت الروايتان واما البيان فلان
معنى الاول ليس في شيء من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلاة بغيرها وهو
احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلوات وقال لا تجوز الصلاة بغيرها من
السور وقلنا انه باطل لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران لا يقال فعلى هذا يلزم
التكرار من وجه اخر لما تقدم ان قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم كان
من لفظ الهداية وههنا ذكر على انه من لفظ القدوري ومعنى الثانية كره ان يعين المصلي شيئا من
القران مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا تجوز بغيرها
وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يقراهما في صلاة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل
بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القران مهجورا شكى
الرسول صلى الله عليه وسلم قومه الى ربه باتخاذهم القران مهجورا وهو يوصل الحرمة لولا رؤية الجواز
بغيرها فما يكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما رويناه من
حديث ابن مسعود لانه معارض بما روى جابر بن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الفجر
ق وبما روي انه اقام عليه السلام بتبوك اربعين ليلة وكان يقرا في الفجر الفاتحة واذا زلزلت
فعلم انه عليه السلام ما واظب على ذلك ففيه استحباب المواظبة مخالفة له عليه السلام وحمل الصلاة

على غير المستحب ولا كراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك احيانا كما فعله عليه السلام قلنا باستحبابه لينتبه بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقرا المؤتم خلف الامام سواء كان في الصلاة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراءتها في صلاة السر وفي الركعات التي لا يجهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب للامام على هذا القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرا المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدث به ابو حنيفة في مسنده عن موسى بن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله لا يقال هذا الحديث معارض بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة فيسلم الاستدلال ما يقياس لما لانا نقول بالموجب سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة ولكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له اولا وحديثهم لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فقلنا به حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره وقوله وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على ما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس بشيء لان هذا المقدار ليس اكثر الصحابة وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد باجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهون عن القراءة خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز ان يكون رجوع المخالف ثابتا فتم الاجماع ويجوز ان يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد احد عليهم عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا وقوله وهو ركن مشترك جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره سلمنا انها ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي منها الاستماع والانصات لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لما روي عن ابن عباس ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قرؤوا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت ولما روى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فاذا كبر واو اذا قرا فانصتوا الحديث وقوله ويستحسن اي قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد لما روي من حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه من الوعيد وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال من قرا خلف الامام ففي فيه جمرة وقال فقد اخطا السنة وقيل المراد به ما روي عن سعد بن ابي وقاص انه قال من قرا خلف الامام فسدت صلاته وما روي ان عمر ابن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرا خلف الامام حجرا وغير ذلك ولا منافاة في ذلك لجواز ان يكون الكل مرادا قوله ويستمع وينصت وان قرا الامام آية الترغيب اي الجنة والترهيب اي من النار وكذلك

المذكور

المذكور في الكتاب ظاهر وهل يسال الجنة ويتعوذ الامام او المنفرد اولا لم يذكره ههنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه يؤدي الى تطويل الصلاة على القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسال الله الجنة وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمع القوم وينصتون لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون وينصتون سال ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم قال احب الي ان يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحتشم من ان يقول لا يذكرون ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليس بفرض واستماع الخطبة فرض ولا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض وقوله الا ان يقرا الخطيب مستثنى من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرا الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون وحكى امر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلاة تحقيقا لما طلب منهم وقد روي هذا عن ابي يوسف وهذا اذا كان قريبا من المنبر واذا كان نائيا بعيدا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا فان قراءة القرآن اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره المصنف لانه المامور به عند قراءة الخطبة شيئان الاستماع والانصات فاذا تهيا له العمل باحدهما عمل امتثالا للامر بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن اولى وهو اختيار الفضلي لان الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع للتدبر وحيث فات ذلك يقرا القرآن احرازا لثوابه والله تعالى اعلم بالصواب

باب الامامة

لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة بما هو سنة قراءة الامام وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات اتبعه ذكر صفة شرعية الامامة بانها على اي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يليها من خواص الامامة فقال الجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بعما هو بها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدي اي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان آخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصائص الدين فانها لم تكن مشروعة في دين من الاديان ولا صحة لقول من يجعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي

ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا القول لمن يقول انها فرض كفاية كاكثر اصحابنا فهو الكرخي والطحاوي
لانهم يستدلون بآية ما وكيد لقوله تعالى واركعوا مع الراكعين او بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية
قوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز
به الصلاة وعن ابي يوسف ان اولاهم بها اقرأهم لكتاب الله اي اعلمهم بالقراءة وكيفيتها من اداء حروفها
ووقوفها لان القراءة ركن في الصلاة لا بد منها والحاجة الى العلم انما تكون اذا نابت نائبة اي اذا
عرض عارض مفسد ليمكنه اصلاح صلاته وقد يعرض وقد لا يعرض ونحن نقول القراءة مفتقر
اليها لركن واحد والعلم يحتاج اليه لسائر الاركان والخطأ المفسد للصلاة لا يعرف الا بالعلم
والمصلح لها كذلك فان تساووا في العلم بالسنة فاقرؤهم لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم
اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال ظاهر واعترض بوجهين
احدهما ان قوله عليه السلام يؤم القوم بمعنى الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في
الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرأ او ما وقع في الكتاب
من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون الجواز والثاني
ان الاستدلال به على خلاف المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرأ
لكتاب الله واجيب عن الاول بانه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة
فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه للاستحباب بالاجماع وعن الثاني بان
اقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر انه حفظ سورة البقرة في
ثنتي عشرة سنة فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا لا يقال هذا يفضي الى التكرار اذ يؤول
معنى الحديث الى يؤم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد اقرؤهم اي اعلمهم
باحكام كتاب الله دون السنة وقوله اعلمهم بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله والسنة لانه
قال فان تساووا اي فان تساووا في العلم باحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم ان قوله اعلمهم
بالسنة هو اعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول وقوله فان تساووا
فاورعهم ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة
لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا
الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو الاجتناب
عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر ولم يذكر ان تساووا في السن وذكر غيره احسنهم
خلقا ثم احسبهم ثم اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم
قراءة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان
هو الامام في حياته لسبقه سائر البشر بهذه الاوصاف ثم امتهم الافضل فالافضل قال
رحمه الله ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ لتعلم احكام الصلاة فيكره الصلاة خلفه
وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا استويا في القراءة والعلم والورع لقوله صلى الله عليه
وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والاعرابي لان تقديمه يؤدي الى تقليل

الجماعة

الجماعة لان الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي اليه مكروه والمراد بالحبشي الامارة ويكره
تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه وقال مالك لا تجوز الصلاة خلفه
لانه لما ظهرت منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور وقلنا عبد الله بن عمر وانس بن
مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وقد كان افسق اهل زمانه والاعمى
لما ذكر في الكتاب وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه وان تقدموا وصلوا
جازت الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر ووجه الاستدلال ان كل واحد
من هؤلاء المذكورين اما ان يكون برا او فاجرا فتجوز الصلاة خلفه على كل حال ولا يطول الامام
اي بالقوم الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما الحديث وحديث معاذ بن جبل حين شكى
قومه تطويل قراءته معروف وصح انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما
فرغ قالوا اوجزت قال عليه السلام سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اوضح دليل
على ان الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلون عن
ارتكاب محرم اي مكروه لان امامهن اما ان يتقدم على القوم او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف
وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من
ارتكاب مكروه وصار حالهن كحال العراة في انهم اذا ارادوا الصلاة بجماعة وقف الامام
وسطهم كيلا يقع بصرهم على عوراتهم فانه مكروه تترك السنة لاجله وفان الافضل لكل من النساء
والعراة ان يصلي وحده خلا ان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا ايماء دون النساء وقوله فان
فعلن اي صلين بجماعة قامت الامام وسطهن لما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل
تعارضت ههنا جهتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية
جانب الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام
الامام سنة والفرض مرجح لا محالة وقوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام جواب عما
يقال اذا كانت امامتهن مكروهة فكيف فعلت عائشة ووجهه انها فعلت ذلك في ابتداء
الاسلام وكانت جائزة سنة تقف الامام وسطهن فنسخت سنيتها دون الجواز فانهن
لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام او توسطت لاستجماع شرائط الجواز ولكن
الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا بحث من وجوه الاول ان النبي صلى الله
عليه وسلم اقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج عائشة بالمدينة فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة
على ابتداء الاسلام الثاني ان المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب تستلزم انتفاء صفة الجواز
كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب فيها كوجوده فيه وهو
في علم آخر وقد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا نسخت السنة نسخ الجواز والاستدلال
غير صحيح والثالث ان امامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود
الرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بدونها فان المرأة لو لبست ثوبا حشوه
من قرنها الى قدمها وامت النساء خاصة ولا رجل ثم فانه لا كشف هنا اصلا فضلا عن الزيادة

وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول انه يجوز ان يكون المراد
بابتداء الاسلام ما قبل زمان الانتساخ فانه ابتداء بالنسبة الى ما بعده وعن الثاني بان الجواز
الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال بفعلها لبيان
انها كانت سنة ولنسخه وانما جوزناه فيها بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه
وانتفاء موانعه نحو ما يوجب كراهة من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان تركهن الجماعة انما كان
لاجتماع السنة مع الكراهة فتركت السنة لاجل الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع
الكراهة فقد ابتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه او اقامته مع ارتكابه واقامته مع ارتكابه
اولى وانما قلنا ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامام وسطهن اقمن فرضا لكون الصلاة
فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي الى خروج الصلاة
عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات فتكون الصلاة
من الباقيات نفلا والنفل في صلاة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر ولا حكم له على ان
ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لايضاحها **قال** رحمه الله ومن صلى مع واحد
اقامه عن يمينه اذا صلى الامام مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس وهو ما قال عند خالتي
ميمونة لارقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي
القيوم ثم قرأ اواخر سورة آل عمران ان في خلق السموات والارض الى آخرها ثم قام الى شن معلق فتوضأ واتى
فقمت وتوضأت ووقفت على يساره فاخذ باذني وادارني خلفه حتى اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ
الاسلام فقمت خلفه فاخذ ذؤابتي واقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما
فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك قلت انت رسول الله فلا ينبغي لاحد ان
يسوي بك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهه في الدين وعلمه التاويل فاعادة رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد فاعترض بان الجماعة في
صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة واجيب بان التهجد كان فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم
فكان اقتداء متنفل بمفترض ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد انه يضع
اصابعه عند عقب الامام ولا معتبر بطول المقتدي الذي بحيث يقع سجوده قبل الامام بل العبرة
للموقف قوله لانه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس ولم يفصل بين ما اذا وقف خلف
الامام او عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا اذا كان خلف الامام
لان ابن عباس فعل ذلك وقد حمله النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا آنفا بخلاف ما اذا قام عن يساره فان
حذيفة فعل ذلك ورد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقوله ونقل ذلك عن ابن مسعود روي ان ابن مسعود
صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما ولنا انه صلى الله عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما
وعن انس بن مالك ان جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فاكل منه ثم قال قوموا
فاصلي بكم قال انس فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله
عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم

انصرف فهذا اي تقدم النبي صلى الله عليه وسلم دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة ولم يعكس
ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم ابي يوسف حملا لفعل النبي صلى الله عليه وسلم على
الافضلية وقال ابراهيم النخعي وما روي عن ابن مسعود كان لضيق فاذن لا يكون ثبتا وقيل اليتيم
اخو انس لابيه اسمه عمير وفي كتب الحديث الصحيح ان اسمه ضميرة بن سعد الحميري المدني واليتيم
علم غالب له كالنجم للثريا ووجه الاستدلال بقوله من حيث اخرهن الله قال ابن الاثير في الاسرار حيث
عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن فيه الا مكان الصلاة وقيل يجوز ان يكون للتعليل يعني
كما اخرهن الله في الشهادة والارث والسلطنة وسائر الولايات وقوله واما الصبي فلانه
متنفل واضح لانه غير مكلف وقوله فلا يجوز اقتداء المفترض به يجيء بيانه وقوله السنن المطلقة
يعني به السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد على احدى الروايتين والوتر
عندهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما وقوله جوزه مشايخ بلخ لانهم قاسوا
هذه المسألة المظنون بعلة ان النفل في حق الصبي غير مضمون قضاء وكنفل البالغ اذا كان غير
مضمون وهي في مسألة المظنون لانهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه مشايخنا يعني مشايخ
ما وراء النهر بخارا وسمرقند ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف
ومحمد فقال ابو يوسف لم يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل المطلق ومحمد جوزه والمختار انه
لا يجوز في الصلوات كلها وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر لان نفل الصبي دون نفل
البالغ حيث لا يلزم القضاء بالافساد بالاجماع وقوله بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ
بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتداء البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد لان المظنون
مجتهد فيه لان عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل صحة طرفيه على البدل
يحتمل وجوب القضاء بالنظر الى اجتهاد زفر والمانع عن القول بوجوبه مطلقا انما هو العارض
وهو خلاف الامام وهو عارض غير ممتد عرض بعد ان لم يكن فجاز اعتبار عدمه وحينئذ يكون المظنون
واجب القضاء مطلقا وكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي فان عدم القضاء عليه بالاجماع
لا يحتمل كونه مضمونا والصبا ايضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن
وهو بناء القوي على الضعيف وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة لعدم القضاء
على واحد منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف **قال** رحمه الله ويصف الرجال
ثم الصبيان هذا بيان ترتيب القيام خلف الامام وقوله وليليني امر من الولي وهو القرب والاحلام
جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ والمراد ليليني
البالغون منكم والنهى جمع نهية وهي العقل فان قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان
واما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه اجيب بان الصبيان تابعة للرجال لاحتمال رجوليتهم
ويجوز ان يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه اقام العجوز وراء اليتيم ولكن
لم يذكره في الكتاب قوله ولان المحاذاة دليل معقول وتمهيد لمسألة المحاذاة وقوله فان حاذته
امرأة اعلم ان المحاذاة المفسدة هي ان يحاذي قدم المرأة عضوا من الرجل في الصلاة وشرائطها

ان تكون المرأة مشتهاة حالا او ماضيا منوية امامتها وان تكون الصلاة مطلقة مشتركة تحريمة
واداء وان لا يكون بينهما حائل وذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر
الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بسبع سنين وبعضهم
بتسع سنين والاصح انه لا معتبر بالسن فانها ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وذكر
الماضي ليتناول العجوز التي تنفر منها الرجال لانها كانت مشتهاة وشرط نية امامتها لان
اقتداءها لا يصح بدونها فلا تفسد صلاة الرجل ووصف الصلاة بكونها مطلقة احترازا
عن صلاة الجنازة فان المحاذاة لا تفسدها لانها ليست بصلاة على الحقيقة وانما هي دعاء للميت
وانما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم
وشرط الاشتراك وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض
وان يكون الاشتراك تحريمة واداء حتى لا تكون المحاذاة في اداء ما سبقا مفسدة لان المسبوق في اداء
ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين اداء بخلاف اللاحق لانه مؤتم
مع الامام تقديرا فان قيل اذا اقتدت ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضا وانما يصح
نفلا فقد وجد الشروط ولم تفسد الصلاة اجيب بالمنع وشرط عدم الحائل لانه اذا كان بينهما مثل
مؤخرة الرحل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال انها عرفت
مفسدة بالنص وهو ما روي عن انس ان جدته مليكة صنعت طعاما الى آخره وبيانه خلاف القياس فيراعى
جميع ما ورد به واما اذا وجدت هذه الشروط كلها فانها تفسد عندنا خلافا للشافعي وهو القياس
اعتبارا بصلاتها لا تفسد ووجهه ظاهر لان المحاذاة لما لم توجب فساد صلاة المرأة لم توجب فساد
صلاة الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي اليه ذهب علماؤنا ان
هذا ترك فرض مقام الامام ومن ترك المقام فسدت صلاته اما انه ترك فرض المقام فلان تاخير المرأة
فرض على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجال بالتاخير ولا مكان يجب تاخيرهن في غير الصلاة فتعين
التاخير فيها فان قيل هذا خبر واحد ولا يثبت به الفرضية اجيب بانه من المشاهير واليه اشار المص
بقوله وانه من المشاهير ولان تاخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا اجمعنا على عدم
جواز اقتداء الرجل بالمرأة مع اتحاد فرضيهما وهو اما ان يكون لنقصان حالها في ذلك كالصبي او لعدم صلاحيتها
كالامي او لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري او لفوات ترتيب المقام كما في امامة المتاخر بالاستقراء
لعدم مجاوزة انتفاء جواز الاقتداء عنها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة الاقتداء مطلقا
لجواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع نقصان احوالهم بل انما تمنع اذا لزم من ذلك تخلف كامامة الصبي
فانها تستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز امامتها للنساء متقدمة
ولا لانتفاء شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا باعتبار ترك فرض المقام الثابت بقوله صلى الله
عليه وسلم اخروهن الحديث فلما اجمعنا ههنا يثبت الفساد في المتنازع فيه ايضا لانعدام التخلل ثم
ان من ترك فرض المقام فسدت صلاته كالمقتدي اذا تقدم على امامه وقوله وهو المخاطب به جواب عن

وجه القياس وتقريره لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لانه هو المخاطب به اي بقوله
اخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم
على الامام واعترض بانه اذا كان مامورا بالتاخير كانت مامورة بالتاخر ضرورة واجيب بالمنع فانه
يمكن تاخير الرجل بان يتقدم عليها خطوة او خطوتين ولا تتأخر هي سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا
يساوي القصدي وقوله وان لم ينو امامتها بيان لتاثير النية وقوله لم تضره اي لم تضر المحاذاة المصلي
وقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عندنا خلافا لزفر فان عنده نية امامتها ليست
بشرط لفساد صلاة الرجل بعد ما دخلت في صلاته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء ثم اقتداء
الرجل صحيح بلا نية امامته فكذلك اقتداء المرأة وقوله الا ترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا
يثبت دونها وتقريره الامام يلزمه الترتيب في المقام بالنص وكل من يلزمه شيء يتوقف على
التزامه كالاقتداء فان لزوم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانب الامام محتملا لم يصح الحمل
الا بالتزام والالتزام انما يكون بالنية فكما ان الاقتداء لا يصح بدون النية ليكون الضرر اللازم
من جانب الامام ضررا مرضيا كذلك لا يصح امامة النساء بدون النية للنساء ليكون الضرر اللازم
للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل هذا موقوف
على ثبوت اشتراط الاشتراك وثبوته ممنوع لان النص لم يفصل بين ان تكون المحاذاة في صلاة مشتركة
او غيرها والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة باقتداء القارئ بالامي فان صلاة الامي تفسد بسبب
اقتداء القارئ به ومع ذلك لا اشتراط للامي نية امامة القارئ والجواب عن الاول بانه تشكيك في المسلمات
فان كل من يقول بمسئلة المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك
يثبت بدخولها في صلاته نوى امامتها او لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك دونها كما ذكرنا آنفا
والتشكيك في المسلمات غير مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام والقيام وترتيبه انما يتصور
في صلاة اديت بجماعة لان للامام تقدما على المأموم بالرتبة والصلاة بالجماعة يستلزم الاشتراك
وعن الثاني بانه على قول الكرخي ممنوع فانه لا يصح عنده بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا في
فساد يحصل بسبب الاقتداء كالذي في اقتداء المحاذية فان صلاة الامام انما تفسد بسببه
وصورة النقض ليس كذلك لان القارئ لو صلى وحده والامي وحده وامكن الامي الاقتداء
به فسدت صلاته فلم يكن الفساد بسبب اقتدائه حتى يخرج عن عهدته بترك النية وقوله
وانما يشترط نية الامام اذا ائتمت محاذية اي اقتدت بالامام محاذية له يشترط نية الامام
لفساد الصلاة واما اذا وقفت خلفه فاما ان يكون بجنبها رجل او لا فان كان فالصواب
ان اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي
النية ممن بجنبها على الاصل المار الا انه لا عليه من جهة امام فيتوقف ما يلزمه على التزام
امام والتزام الامام التزامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان في رواية لا يصح اقتداؤها
لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاة فيحتاج الى الالتزام وفي رواية يصح وعلى هذه
الرواية يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذية لازم وفي

وفي الثاني وهو ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها لاحتمال ان تمشي فتحاذيه ولكن الظاهر عدم
ذلك فلم تثبت طائفة الامام هذا في صلاة يشتركان فيها واما في صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم
عليه ومحاذاتها اياه تورث الكراهة وقوله ويكره لهن حضور الجماعات كانت النساء يباح
لهن الخروج الى الصلوات ثم صار سببا للوقوع في الفتنة فمنعن عن ذلك جاء في التفسير في قوله
تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستأخرين نزلت في شأن النسوة حيث كان
المنافقون يتأخرون للاطلاع على عوراتهن ولقد نهى عمر رضي الله عنه النساء عن الخروج
الى المساجد فشكون الى عائشة فقالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر ما اذن لكن في الخروج
فاحتج به علماؤنا ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقا واما العجائز وهي جمع عجوز والعامة
تقول عجوزة فمنعهن ابو حنيفة عن الخروج في الظهر والعصر دون المغرب والعشاء والفجر
واجازا في الصلوات كلها لانتفاء الفتنة بقلة الرغبة في العجائز كما اجيز لهن ذلك في العيد
بالاتفاق اما للصلاة كما روى الحسن عن ابي حنيفة انهن يخرجن للصلاة ويقمن في آخر
الصفوف فيصلين مع الرجال لانهن من اهل الجماعة تبعا للرجال او لتكثير السواد كما روى
المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان خروجهن لتكثير السواد يقمن في ناحية ولا يصلين لانه
صح انه صلى الله عليه وسلم امر الحيض بذلك وليست من اهل الصلاة وله ان فرط الشبق حامل
على الوقاع فتقع الفتنة والفرط بسكون الراء مجاوزة الحد والشبق بفتحتين شدة
شهوة الضراب غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء
فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون جعل المصنف الجمعة من قبيل صلاة الظهر وهو
المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلاة
العيدين حتى يباح لهن الخروج والمغرب جعله المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور ايضا فيهما
وجعله شيخ الاسلام من قبيل الظهر وقوله والجبانة متسعة جواب عن قياسهما على صلاة العيد
والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد قال رحمه الله
ولا يصلي الطاهر الاصل في جنس هذه المسائل قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن بمعنى تضمن صلاته
صلاة المقتدي لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان في الذمة فان صلاة المقتدي ليست في ذمة
الامام فيكون معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدي وصلاة المقتدي اذا كان اقوى حالا من
الامام فوق صلاته والشيء انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز اقتداء
الطاهر بمن هو في معنى المستحاضة ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح
والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ولا الطاهرات خلف المستحاضة لنقصان حال هؤلاء
عن حال المقتدي ولا المكتسي بالعاري ولا الامي بالاخرس لقوة حالهما اذ المراد بقوة الحال
اشتمالها على ما لم يشتمل عليه صلاة الامام مما يتوقف الصلاة عليه والامي يقتدر على الافتتاح دون
الاخرس واختلفوا في جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف ومنعه محمد وقال
لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى

من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما انه طهارة مطلقة اي غير موقتة بوقت
كطهارة المستحاضة ولهذا لا تتقدر بقدر الحاجة فكان المتيمم كالمتوضئ واعلم ان التيمم طهارة ضرورية
باتفاق علمائنا لانه في الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الماء ومطلقة
باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويثبت به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلاة وسجدة
التلاوة ومس المصحف وانما الشأن في التعليل بكل منهما فيما يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة
وابو يوسف جهة الاطلاق في حق الصلاة لان الشارع اعطاه حكم الطهارة المطلقة وانتفى نفي
الحرج بقوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل وتوقيت
وفي نفي جواز الاقتداء مخالفة للاطلاق وقود الى نوع من الحرج واختار جهة الضرورة في
حق انقطاع الرجعة اذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لا تنقطع
الرجعة بمجرد التيمم من غير ان تصلي لان الشرع لم يذكر كونها طهارة في باب الرجعة وكان المقصود
من طهارتها اداء الصلاة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة الى غيره واما
محمد فقد عمل في كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط في باب الصلاة القول بعدم جواز
اقتداء المتوضئ بالمتيمم لانه لما لم يجز له ذلك لا بد له ان يقتدي بالمتوضئ او يصلي منفردا حتى تكون
صلاته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلاة على الوجه الاكمل وفي باب الرجعة القول بالانقطاع
لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له ان يراجعها ولا يحل له وطؤها وانقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه
بالاحتياط اجماعا الا يرى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا
واذا تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما يتراءى اي ان كل واحد من العلماء ترك اصله وناقض كلامه
ويؤم الماسح الغاسلين لانه غسل قدميه ولبس الخف والخف مانع سراية الحدث الى القدم
فهو باق على كونه غاسلا فان قيل لا نسلم انه باق على كونه غاسلا لان الخف قام مقام بشرة القدم
والحدث قد حله اجاب بقوله وما حل الخف يزيله المسح فكان المسح على الخف كغسل الرجل
وقوله ويصلي القائم خلف القاعد ظاهر وقوله انه عليه السلام صلى آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه
قيام وهو ما روي انه عليه السلام لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا ابا بكر يصلي بالناس
فقالت عائشة لحفصة قولي له ان ابا بكر رجل اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو
امرت غيره فقالت ذلك مرتين فقال عليه السلام انتن صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي
بالناس فلما افتتح ابو بكر الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج يهادى
بين علي والعباس ورجلاه يخطان الارض خطا حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر رضي الله عنه
حس مجيء النبي صلى الله عليه وسلم فتأخر وتقدم النبي صلعم وجلس فصلى وابو بكر يصلي بصلاته
والناس يصلون بصلاة ابي بكر يعني ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكبر
والناس يكبرون بتكبير ابي بكر وهذا آخر صلاته صلى الله عليه وسلم فكان ناسخا لما قبله فان قيل
هذا الحديث مضطرب فان بعض الروايات تدل على ان الامام كان ابا بكر وبعضها على انه كان النبي
صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال به اجيب بان الامام الخطابي في شرح الصحيح رجح انه

هو الرواية التي اخذ بها ابو حنيفة وابو يوسف وهي رواية عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه
وموافقة ابن عباس فانه قال دخلت على عبد الله بن عباس فقلت اعرض عليك ما حدثتني عائشة
عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هات فعرضت عليه حديثها فما انكر منه شيئا وقوله
ويصلي المومي خلف مثله ظاهر وقوله لان القعود معتبر فتثبت به القوة دليله ان صلاة التطوع
مستلقيا بالايماء مع القدرة على القعود لا تجوز قال رحمه الله ولا يصلي الذي يركع
ويسجد خلف المومي ٥ قال زفر تصح امامة المومي لمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا
الى بدل والمتادي بالبدل كالمتادي بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يوم المتوضئين ولنا ان حال
المقتدي اقوى بناء على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتداء ولا نسلم ان الايماء بدل عن الركوع
لانه بعضه وبعض الشيء لا يكون بدلا عنه فلما كان بعض الاصل لو جاز الاقتداء لكان مقتديا
في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز قوله ولا يصلي المفترض خلف المتنفل هذه ثلاثة
اقسام اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين فاما الاول
فلا يجوز لان الاقتداء بناء امر وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لآخر في افعاله بعينها
وهو مفهوم وجودي لا شك فيه وبناء الامر الوجودي على المعدوم غير متحقق ووصف
الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه واما الثالث فكذلك لان الاقتداء شركة يعني في
التحريمة وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحاد ما تحرما له وفعلاه
ويجوز ان يكون معناه شركة في التحريمة على قول ابي حنيفة وموافقة فيها على قولهما وفيه
نظر لان الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل
الاول والثاني تناف والجواب ان الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة والبناء بالنسبة
الى الافعال فلا منافاة بينهما والشافعي جوز الاقتداء في الصورتين جميعا قال المصنف لان
الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي بذاته الا انه يوافق الامام في
الاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء
واستدل بها ايضا الشافعي على جوازه وذلك ظاهر الفساد والجواب ان المراد بالموافقة
في دليلنا موافقة تبعية وفي دليله موافقة في تطبيق افعاله الصادرة منه على الزمان الذي
طابقه افعال الامام ليس الا وهذا غير ذلك لا محالة وقوله وعندنا معنى التضمين مراعى
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون الشيء لا يتضمن ما فوقه
فان قيل قد صح ان معاذا كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها بقومه في
بني سلمة وكان صلاة قوم فرضا وصلاته نفلا اجيب بان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان يكون ينوي
مع النبي صلى الله عليه وسلم نفلا ويصلي مع قومه الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم
الثاني لان الحاجة في حقه الى اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء
وهذا بناء على ان مطلق النية كاف في صحة النفل والفرض فيشتمل عليه فيصح الاقتداء بخلاف العكس
والحاصل ان الشركة لا بد منها في صحة الاقتداء واما رعاية جواز بناء احدهما على الآخر والمنفرد في المختلفين

والمنفرد

والمنفرد لا يصح لانه يبني فرضا على فرض آخر فلا يقتدي بغيره لذلك وكذا لا يصح لانه
يبني الفرض على النفل واما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها فيصح
الاقتداء بغيره ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء
لانه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتداء به اجماعا وقال الشافعي لا يجب عليه الاعادة بناء على
ما تقدم ان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمين ولنا ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعادها وقال من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا
او جنبا اعاد صلاته واعادوا وعورض بما روى انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما حتى
اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اغتسل ورأسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن منعقدة لم
يكلفهم استدامة القيام فدل على ان عدم طهارة الامام لا تمنع انعقاد صلاة المقتدي اذا لم
يعلم بحال الامام واجيب بان الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك منعا لهم عن
التفرق الا يرى ان محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم اومى اليهم ان
اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم يامرهم بذلك على انه يجوز ان يكون ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة
الامام على ان ذلك حكاية فعل لا تعارض القول وقوله ونحن نعتبر معنى التضمين معناه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون المراد بانه ضامن لصلاة نفسه ولا فائدة في ذلك
لان كل واحد كذلك او ضامن لصلاة القوم وهو صحيح ثم انه اما ان يكون ضامنا لصلاتهم وجوبا
واداء او صحة او فسادا والاول غير مراد به بالاجماع فتعين الآخران على معنى انه يتحمل
السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام وقوله واذا صلى امي
الامي منسوب الى الام اي هو كما ولدته امه والمراد به حيثما ورد في الكتاب والحديث ولسان
العرب من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيئا ومن احسن قراءة آية من التنزيل خرج عن كونه اميا عند
ابي حنيفة او ثلاث آيات او آية طويلة عندهما فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان فرض القراءة
يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله وهذا اشارة الى ترك فرض القراءة وقوله
تكون قراءته قراءة له يعني لما روينا من قوله من كان له امام فقراءة الامام قراءة له وقوله بخلاف تلك
المسئلة يريد ما استشهدا به من العاري اذا ام عراة ولابسين وامثالهما مما يبدأ الآخر من ام
قوما قارئين وخرسا وصاحب الجرح والمومي اذا ام من هو بمثل حالهما ومن هو اعلى حالا منهما
والمذكور في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة والطريق الآخر ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لانه
اوان التكبير والامي قادر عليه كالقاري فيصح الاقتداء فصار الامي متحملا فرض القراءة عن
القاري ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاته وبفساد صلاته
تفسد صلاة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتداء من لا عذر له
بصاحب العذر وقوله ولو كان يصلي الامي فيه شائبة الجواب عما يقال لو كان النظر الى القدرة على
جعل الصلاة بقراءة بالاقتداء بالقاري معتبرا لما جاز صلاة الامي وحده والقاري وحده

لاقتداره ان يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارئ ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم يظهر منهما
رغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراءة الامام قراءة المقتدي اذا اقتدى به وهذا ما نحن فيه فان كلامنا
في الاقتداء وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذكره ابو حازم ان قياس قول ابي حنيفة ان لا تجوز صلاته
وهو قول مالك وقوله وان قدم في الاخريين اميا اي ان احدث فاستخلف اميا فسدت صلاتهم وقال
زفر لا وهو رواية عن ابي يوسف في غير الاصول لا تفسد صلاتهم لان فرض القراءة قد تأدى وكان
استخلاف القارئ والامي سواء ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة بالدليل الدال على
وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة في الاوليين
قراءة في الاخريين بالحديث وليس شيء منهما بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم
الاهلية والشيء انما يقدر اذا امكن تحقيقه وقوله وكذا على هذا لو قدمه اي الامي في التشهد يعني
قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلاته عند زفر وتفسد عندنا واما اذا قدمه بعدما قعد قدر
التشهد فسدت صلاته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا تفسد عند الكل
اما عندهما فظاهر واما عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم
لان هذا من فعله وهو مناف فما انقطعت صلاته واما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس
قيل وهذا هو الصحيح

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر احكام السلامة عن العوارض في
الصلاة انفرادا وجماعة لانه هو الاصل ذكر في هذا الكتاب ما يعرض لهما من العوارض وتقديم الخالي عن العوارض
والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف على الفور لانه لو مكث ساعة صار جزءا
من الصلاة مؤدى مع الحدث واداؤها معه لا يجوز فتفسد ما ادى فتفسد الباقي ضرورة ان الصلاة
الواحدة لا تتجزأ صحة وفسادا فان كان اماما استخلف وتفسير الاستخلاف ان يأخذ بثوب رجل
ويجره الى المحراب وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلاة
لانها تستلزم الطهارة والحدث ينافي الطهارة ومنافي اللازم مناف للملزوم والشيء لا يبقى
مع المنافي ولان المشي والانحراف عن القبلة يفسدان الصلاة وكل ما يفسدها لا تبقى معه كالحدث العمد
الصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله فاشبه الحدث العمد يحتمل في الدليلين ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته
ما لم يتكلم وقوله عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء
ووجه الاستدلال انه قال وليبن على صلاته وادنى درجة الامر الاباحة فيكون البناء مباحا
وهو المطلوب فان قيل الامر في قوله فليتوضأ للوجوب فيكون في ليبن كذلك ولم تقولوا به فالجواب
ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد اجمع الخلفاء الراشدون وفقهاء الصحابة كعبد الله
ابن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك وسلمان الفارسي على ما قلنا ومثله
من الاجماع يترك القياس اذا لم يكن هناك نص فكيف اذا كان وانما ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان
الاستخلاف وقال من لم يسبق بيانا للافضل لانه اقدر على اتمام الصلاة من المسبوق فتقليده
مكروه خيانة وقوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به قيل هو جواب عن قياس الشافعي

الحدث السابق بالحدث العمد وتقريره ان قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود
الفارق لان السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز ان يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يكون
لحاق السابق به هكذا في الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس ان يستقبل وذلك اعتراف بصحة
القياس الا انه ترك بالنص فالاشتغال ببيان فساده تناقض والظاهر ان مراده ترك الحاق
العمد بالسابق فان لقائل ان يقول السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة سواء فاذا بني
في السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن في العمد الحاقا به فقال في السابق بلوى دون العمد والشيء
انما يلحق بغيره اذا كان في معناه وان توضأ استئنافا افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وهو ظاهر واعلم
ان البناء المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد
منه للحدث او لسببه ولا من غيره اذا لم يأت بعده بما ينافي الصلاة من توقف في موضع الصلاة
وكلام وصنع او كشف عورة من غير ضرورة فلا يبني اذا انصرف لغسل نجاسة في ثوبه او للوضوء
من الاغماء ونحوه او للغسل للاحتلام او تعمد الحدث او عصر جراحة فسال منها نجس او رماه انسان
بحجر او سقط من السقف فادماه او مكث ساعة في موضع الصلاة بعد سبق الحدث كما مر
او تكلم او بال او تغوط او كشف العورة عند الاستنجاء للوضوء من غير ضرورة وقيل ان المنفرد
يستقبل لا ما الافضل له ذلك والامام والمقتدي يبني لذلك والمنفرد ان شاء اتم في منزله الذي
توضأ فيه بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء عاد الى
مكانه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ليكون جميع الصلاة
مؤداة في مكان واحد واعترض بان في العود الى مكانه مشيا في الصلاة من غير حاجة اذ
الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلاة واجيب بان المشي غير مفسد حكما لان حرمة
الصلاة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد ولهذا صح التنفل على الدابة وقوله والمقتدي
يعود الى مكانه يعني حتما حتى لو اتم بقية صلاته في موضع وضوئه لم يجزه لان بينه وبين
امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر او حائط ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما
حائل جاز ان يبني في منزله فان ادرك امامه في الصلاة فهو مخير بين ان يقضي ما سبقه الامام
في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي آخر صلاته وبين ان يتابع الامام ثم يقضي ما
سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح الطحاوي
قال رحمه الله ومن ظن انه احدث المصلي اذا انصرف عن مكان صلاته على ظن
انتفاء شرط جواز صلاته اما ان يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلاة او على قصد رفضها فان كان
الاول فاما ان خرج من المسجد او لا فان خرج استقبل الصلاة وان لم يخرج اتمها والقياس
فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان على قصد الاعراض علما بأي وجه
اي الاستقبال فيهما رواية عن محمد قال في النهاية ومكان المسجد فيما اذا كان باب المسجد على غير
حائط القبلة ليتحقق الانصراف واما اذا كان يمشي في المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب

المسجد على حايط القبلة لا تفسد صلاته بالاتفاق وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح
الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته وقصد الاصلاح ملحق بحقيقة الاصلاح شرعًا كما
اذا تترس الكفار باسارى المسلمين فانه يباح الرمي اليهم بشرط ان يكون قصدهم الرمي الى
الكفار فيجعل كانهم رموا الى الكفار ثم لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالانصراف
لاصلاحها فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بان قصد الاصلاح لو الحق بحقيقته لما شرط
عدم الخروج عن المسجد فان في حقيقته لم يشترط بذلك واجيب بان الحكم ثبت بقدر دليله
وفي الحقيقة وجد القصد وقام العذر وليس في قصده قيام العذر فانحط عن درجتها وان
كان قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلاته وان لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير
من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر وكان الاستخلاف
كالخروج من المسجد يحتاج لصحته الى قصد الاصلاح وقيام العذر فان كان الثاني فسدت
حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته الا يرى
انه لو تحقق ما توهمه يستقبلها فهذا اي هذا الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح
لم تفسد صلاته ما لم يخرج او يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت هو الحرف
اي الاصل في جنس هذه المسائل فمن انصرف على ظن انه لم يمسح او على ظن انه لم يصل التي قبلها او
ظن ان مدة المسح قد انقضت ثم علم انه لم يكن كذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض وقوله
ومكان الصفوف لبيان انه اذا لم يكن في المسجد ماذا يكون حكمه وهو واضح وان جن او نام فاحتلم
او اغمي عليه استقبل الصلاة لانه يندر وجود هذه العوارض في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به
النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلاته الحديث وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل
القهقهة بمنزلة الكلام في ان كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى فهم السامع وهو اي الكلام قاطع
لانه عليه السلام قال ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه العوارض قبل ان يقعد قدر التشهد فاما
اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لابد للخروج
من فعل المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد اجيب بان الحدث الموصوف بها عن اضطرار او مكث وكيف
ما كان فالصنع منه موجود اما في الاضطرار فظاهر واما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلاة
مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم ما هو من شرط البناء قبل هذا بالكتبة مما ذكره فليكن على ذكر
منك قيل انما قال او نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو
البلوغ بالسنة فجمع بينهما بيانا للمراد **قال** رحمه الله فان حصر الامام عن القراءة كل
من امتنع عن شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة بنسيان جميع ما كان يحفظ
فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم قال في النهاية بل يتمها بدون القراءة كالامي اذا ام
قوما اميين ونسبه بعضهم رحمهم الله الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل به صرح الامام فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير وقوله لانه اي الحصر عن القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلاة فلم يكن في معنى

ماورد

ما ورد به النص من الحدث الذي يعم به البلوى ولابي حنيفة ان الاستخلاف في باب الحدث
جاز للعجز عن المضي والعجز ههنا الزم لان المحدث قد يجد في المسجد ماء فيمكنه اتمام صلاته
من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما يحفظ فانه لا يقدر على الاتمام الا بالتذكير والتعليم
كذا ذكره قاضيخان وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القراءة الا انه لحقه خجل
او خوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا نسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف وقوله والعجز عن القراءة
غير نادر جواب عن قولهما انه يندر وجوده وقوله مقدار ما تجوز به الصلاة ظاهر وكذا
قوله وان سبقه الحدث وقوله فهذه الحالة يعني بعد التشهد وقوله وقد من قبل يعني في باب
التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله وقوله وان رآه بعدما قعد
بيان مسايل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة وقوله بعمل يسير بان كان الخف واسع الساق
لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج في النزع تمت صلاته
بالاتفاق وقوله سورة قيل تذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل منافٍ في
الصلاة فتتم صلاته بالاتفاق وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع وقوله او تذكر
فائتة قبل هذه يعني اذا كان في الوقت سعة وقوله او احدث فاستخلف اميا هو اختيار الجصاص
واما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف وقوله او دخل وقت
العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شيء مثليه وعندهما
اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد فان بين الظهر والعصر وقتا مهملة
فاذا صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا
يخالف قول المصنف او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلاة بعدما قعد
قدر التشهد الى نصيبه الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه
على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون بظل الشيء مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ
يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن بن زياد انما هو على ما نقل في مبسوط
شمس الائمة واما في مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية اسد بن عمرو عن ابي
حنيفة والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم وقوله كالمستحاضة ومن
بمعناها يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت
صلاة اخرى فالصلاة الاولى جائزة لانه كان انقطاعا بعد تمام الصلاة قيل قوله وقيل الاصل
فيه هو قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان المختار عند المصنف غيره وهو
قول الكرخي فان فسادها بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي لان الفعل قد يوجد
معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان تكون المعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض
بالاتفاق وانما عنده ان هذه الاشياء مغيرة للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده
قبله لما انه في حرمة الصلاة ولهذا اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة اتم والمعنى بالمغير
ما يجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله فان الصلاة تجب بعد وجود

الماء وانقضاء مدة المسح ومواراة الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس
والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة وقيل المعنى بكون
الصلاة جائزة الاجتماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والايماء واضدادها وقوله لما
ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت الحديث علق
عليه السلام التمام باحدهما فمن علق بثالث فقد خالف النص ولانه اداء صلاة اخرى في وقتها
واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه وكان الخروج منها وسيلة الى الفرض باقتضاء
قوله تعالى اقيموا الصلاة وما لا يتوصل الى اداء الفرض الا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة
عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي واعترض بوجهين احدهما ان المرأة لو حاذت رجلا
في هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا صنع منه والثاني انه عليها فرض يكون فرضا لغيره
كالسعي الى الجمعة فيجب ان تتم صلاته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج
من الاولى كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة
مفاعلة لا تتحقق الا من فاعلين وكان منه صنع وادناه اللبث في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن
الاولى يجب ان يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض
ولم تبق بهذا الخروج صحيحة لتيقنا انها لم تبق صحيحة لان الخروج لم يكن بصنع المصلي وكان بقاؤها
صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار لانا نقول
الخروج بصنع المصلي موقوف على اعتبار الشرع رافعا للتحريمة عليها شيئا قد يلزم منه بقاؤها
صحيحة ولا معتبر بالضمنيات وقوله ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلالهما بحديث ابن
مسعود وهو مثل قوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام سماه تماما لما
يؤول اليه وقوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال الاستخلاف الامي صنع المصلي وكان
الواجب ان لا تفسد به عنده ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا
انه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل انه لو استخلف قارئا في حال الصلاة لم يفسد والمعتبر من
الصنع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلاة رافعا للتحريمة ورد بانا لا نسلم ان الاستخلاف
ليس بمفسد فان المصنف قال فيما لو احدث فاستخلف اميا انه تفسد صلاته لانه عمل كثير والحق
ما قال فخر الاسلام ان صلاته تامة في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلاة والثاني ان معناه
ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد ضرورة حكم
شرعي وهو عدم صلاحية الامي للامامة والرد مردود لانه قال هناك عمل كثير من غير عذر
وههنا فرض المسألة فيما اذا كان بعذر ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا
عند العذر وكذلك ما اشرنا اليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المصنف وقيل
الاصل فيه اشارة الى ان ما اختاره غير مرضي لانه ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج
عليه غير متوجه في مثله قال رحمه الله ومن اقتدى بامام اذا اقتدى الرجل بمن صلى
ركعة فاحدث الامام فقدمه فقد صح الاستخلاف لانه صح بالمشاركة في التحريمة وقد وجدت والاولى

ان يستخلف

ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها لعدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقتداء
اولى لا محالة وقوله وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلاته ايضا تامة لانه مدرك اول
صلاته فيكون كالقاعد بقعدة الامام قدر التشهد ووجه الاصح انه قد بقي عليه البناء وفعله
الامام فجعله في المنع من البناء كفعله ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلاته فكذا اذا ضحك
الامام قوله فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد وانما قيد بذلك لان القهقهة والحدث
العمد اذا وجدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق وقيد بفساد صلاة المسبوق لان صلاة
المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلاة اللاحق روايتان وقوله وله ان القهقهة مفسدة لانها
كالحدث في ازالة شرط الصلاة وهو الطهارة فتكون مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلاة الامام
فيفسد مثله من صلاة المقتدي لابتنائها عليها وقوله لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع رافعا
للتحريمة عند الفراغ من الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما كذلك قال
صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم وقال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض
وقوله والكلام في معناه يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم يمنة ويسرة لوجود كاف
الخطاب وقوله وينتقض وضوء الامام يعني عند العلماء الثلاثة خلافا لزفر فان عنده ان كل قهقهة
توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولهم انها وجدت
في حرمة الصلاة لانه لو سها في هذه الحالة وجب عليه سجود السهو فتكون مفسدة للوضوء وقوله ولا
يعتد وفي بعض النسخ يعيد وهما متقاربان لان عدم الاعتداد يستلزم الاعادة لان اتمام
الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق لان المنتقل اليه جزء من الصلاة واداء جزء
منها بعد سبق الحدث مفسد فلا بد من الاعادة والقياس ان ينتقض بالحدث جميع ما ادى
لكن تركناه بالاثر الوارد في البناء فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس
ولزم اعادة ما كان الحدث فيه بالقياس وقوله دام المقدم على ركوعه اي مكث راكعا قدر ركوعه
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة لان الاستدامة فيما يستدام كالانشاء فلا يحتاج الى انشاء
الركوع اصلا قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر في ركوعه او سجوده
ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها التي ذكرها صلاتية كانت او تلاوية
اعاد الركوع والسجود لتقع الافعال مرتبة بقدر الامكان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب
في افعال الصلاة ليست بركن الا ترى ان المسبوق يبتدئ بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب
ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات فلو ترك الاعادة جاز لان ذكر
السجدة لا ينقض الركوع فيصح الاعتداد به بخلاف سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى
قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده فرض
فحين انحط من الركوع ولم يرفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة وطولب بالفرق بين
هذا وبين ما اذا عاد الى السجدة الصلاتية بعدما قعد قدر التشهد فانه ترتفض القعدة وكذا
لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ القرآن فعاد للقراءة او تقضي الركوع واجيب بان القعدة

انما لم تفسد بالاتيان بالسجدة لان النبي عليه السلام علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله اذا قلت هذا
او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلو قلنا بجواز تاخير غيرها عنها كان تمام الصلاة بذلك الغير
وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تاخير القيام او الركوع عن السجود لان القيام وسيلة الى الركوع
والركوع وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسائل
متقدمة على المقاصد والقراءة زينة القيام فكانت تابعة له ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج
من المسجد فالماموم امام نوى الامام ذلك او لم ينو لما فيه اي في تعيينه اماما صيانة صلاة المقتدي لانه
لو لم يصر اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلاة المقتدي فان قيل التعيين لا يتحقق
بلا تعيين ولم يعين اجاب بقوله وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم وكان التعيين موجودا
حكما واذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة فتتم صلاته مقتديا به ولو لم يكن خلفه الا صبي او
امراة اختلف المشايخ فيه فقيل تفسد صلاة الامام فقط لاستخلاف من لا يصلح للامامة حكما فانه
لما تعين للامامة كان الامام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة فسدت صلاته وقيل لا تفسد
صلاته لان الاستخلاف انما يكون حقيقة او حكما ولا شيء منهما بموجود اما حقيقة فظاهر لان
الفرض عدمه واما حكما فلانه يقتضي صلاحيته للامامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاتهما
لانه لما تعين صار كانه استخلفه فتفسد صلاة الكل ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي
خاصة وهو الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الامام منفردا فلا
تفسد صلاته وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان امامه عن الامامة والله تعالى اعلم بالصواب

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلاة
باختيار المصلي فكانت مكتسبة واخره عما تقدم لكونها سماوية ومن تكلم في صلاته عامدا او
ساهيا بطلت صلاته وقال الشافعي لا تفسد في الخطاء والنسيان الا اذا طال الكلام ولم يفرق
المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما ينتبه صاحبه بادنى
تنبيه والنسيان ما لا ينتبه بالتنبيه او ينتبه بعد اتعاب جدا والنسيان ان يعزب المدرك من الخيال
على ما عرف في موضعه ومفزعه اي ملجاه الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن
امتي الخطا والنسيان الحديث ووجه الاستدلال ان حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس
فيكون الحكم وهو الافساد مرفوعا ولنا حديث معاوية بن الحكم قال صليت خلف رسول الله صلى الله
عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بابصارهم فقلت واثكل اماه ما لي
اراكم تنظرون الي شزرا فضربوا ايديهم على افخاذهم فعلمت انهم يسكتونني فلما فرغ النبي صلى الله
عليه وسلم دعاني فبابي هو وامي ما رايت معلما احسن تعليما منه ما كهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلاتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس الحديث جعل عدم الكلام فيها من صحتها كما جعل وجود الطهارة
فيها من صحتها فكما لا تجوز مع عدم الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح جدا فان قيل
لو كان مفسدا لامر بالاعادة ولم يثبت قلنا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالنسخ
شرط ولم يكن فلم يامره بالاعادة كمسلم لم يهاجر وقوله وما رواه محمول على رفع الاثم جواب عن استدلاله

بالحديث المعروف وتقريره ان حكم الاخرة وهو الاثم مراد بالاجماع فلا يكون حكم الدنيا مرادا
والا لزم عموم المشترك او المقتضى وكلاهما باطل على ما عرف في موضعه وقوله عليه السلام
ساهيا جواب عما يقال السلام كالكلام فان كل واحد منهما قاطع وفي السلام يفصل بين العمد
والنسيان فكذلك الكلام ووجهه ان السلام ليس كالكلام لانه من الاذكار اذ المتشهد يسلم
عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو اسم من اسماء الله تعالى وانما اخذ حكم الكلام بكاف الخطاب
وانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فاذا كان ناسيا الحقناه بالاذكار واذا كان عامدا
الحقناه بالكلام عملا بالشبهين بخلاف الكلام فانه ينافي الصلاة على كل حال فكان مبطلا لها
كذلك وطولب بالفرق بينه وبين افعال تنافي الصلاة فان القليل غير مفسد واجيب
بان الاحتراز عن قليلها غير ممكن اذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى تدخل
في حد ما يمكن الاحتراز عنه وهو الكثير وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى
القليل والكثير **قال** رحمه الله فان انّ فيها او تاوه الانين صوت المتوجع
وقيل وهو ان يقول آه والتاوه ان يقول اوه وارتفاع البكاء هو ان يحصل به حروف وكل ذلك
اما ان يكون من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة فان كان الاول لم يقطعها لانه يدل على
زيادة الخشوع وان كان الثاني قطعها لان فيه اظهار الجزع والمصيبة فكان كل منهما دليلا
على امر والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال
اللهم اني اسالك الجنة واعوذ بك من النار لم يضره ولو صرح باظهار الوجع فقال اني وجعت
فسدت صلاته فكذلك بالدلالة اذ ليس ثم صريح يخالفها وعن ابي يوسف انه اذا قال آه لم تفسد
في الحالين سواء كان من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة واوه تفسد وقيل الاصل عنده
ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احداهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد
وهذا لان اصل كلام العرب ثلاثة احرف لاحتياجه الى حرف يبتدا به وحرف يوقف عليه وحرف
يفصل بينهما فالحرف الواحد اقل الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام والحرفان ان كانت احداهما
من الزوائد كذلك لانه نظر الى الاصل على حرف واحد واما اذا كانتا اصليتين فقد وجد الاكثر
وهو يقوم مقام الكل والحروف الزوائد على معنى ان كل زائد لا بد ان يكون منها لا عكسه مجموعها
في قولهم اليوم تنساه وعلى هذا قوله آه لا تفسد لانهما من الزوائد واوه تفسد لانه زائد
على حرفين فانه في الزائد على حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة قال المصنف وهذا لا يقوى
لان كلام الناس هو المفسد وكلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وافهام المعنى
ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد قال في النهاية فانك ان قلت انتم اليوم سالتموينها فان هذه
مبتدا وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد فهو مفسد
بالاتفاق قلت هذا لا يرد عليه لان الكلام في الحرفين لا في الزوائد عليهما فان في الزائد عليهما
قوله كقولهما وتابعه الشارحون واقول قول المصنف في حروف كلها زوائد يجوز ان يكون
المراد بالحروف فيه التثنية وحينئذ يكون معناه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء

وافهام المعنى وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام الناس
كغيره فيكون مفسدا وان تنحنح وحصل به حروف فاما ان يكون بعذر او لا فان كان الثاني
وهو ان لم يكن مدفوعا اليه اي لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغي ان تفسد عندهما قيل
انما قال ينبغي لان المشايخ اختلفوا فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ
الاسلام لا تفسد لانه يصير بمعنى القراءة معنى كالمشي للبناء فانه لاصلاح الصلاة صار من الصلاة
وكذا ذكر شمس الائمة وقال في المحيط وان لم يكن مدفوعا اليه في التنحنح الا انه فعل لاصلاح الحلق
ليتمكن من القراءة ان ظهر له حروف نحو قوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه اسمعيل الزاهد
يقول يقطع الصلاة عندهما لانها حروف مهجاة وفيه نظر لان اختلاف المشايخ لا يستلزم
ذلك ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك وقوله عندهما ايضا فيه نظر
لانه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبهما حينئذ كمذهبه فلا وجه لافرادهما بالذكر
فان حمل الجمع ههنا ايضا على التثنية اندفع النظر الثاني ويقال في دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل
عن الائمة والقياس يقتضي ان يكون مفسدا فقال ينبغي وان كان الاول فهو عفو اي معفو
كالعطاس والجشا فان ذلك لا يقطع الصلاة وان حصل به حروف مهجاة قال
رحمه الله ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وان عطس الرجل فقال له آخر يرحمك الله وهو
اي القائل في الصلاة فسدت صلاته لانه يجري في مخاطبات الناس وكان من كلامهم وانما
قيد بقوله آخر لانه اذا قال العاطس بنفسه لا تفسد صلاته لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه
لا تفسد كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله فانه لا تفسد
على ما قالوا وفي هذا اللفظ اشارة المخالفة البعض وذكر في المحيط وروي عن ابي حنيفة ان
العاطس يحمد في نفسه ولا يحرك لسانه فلو حرك فسدت صلاته وجه الاول انه ذكر دائم لم يتعارف
جوابا قوله وان استفتح ففتح عليه الاستفتاح طلب الفتح والاستفهام قال الله تعالى
وكانوا يستفتحون اي يستنصرون ويجوز ان يكون كل واحد منهما ههنا مرادا او الاستفتاح
اربعة اقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح اما ان لا يكونا في الصلاة
وليس مما نحن فيه او يكونا فيها او يكون المستفتح فيها دون الفاتح او بالعكس من ذلك فان كانا
في الصلاة فاما ان تكون الصلاة متحدة بان يكون المستفتح اماما والفاتح مأموما او لا يكون
ففي الثاني فسدت صلاة كل منهما لانه تعليم وتعلم وكان من كلام الناس وقال في الاصل اذا فتح غير
مرة فسدت صلاته وفيه اشارة الى انه ما لم يتكرر لا تفسد قال لانه ليس من اعمال الصلاة فيعفى
القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير التكرار لان الكلام في نفسه قاطع وان قل فيهما وهو الصحيح
وفي الاول لا يكون كلاما استحسانا اما بالاثر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في
الصلاة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال الم يكن فيكم ابي بن كعب فقال بلى يا رسول الله
فقال عليه السلام هلا فتحت علي فقال ظننت انها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لانبأتكم واما
بما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلاته فكان هذا من اعمال صلاته معنى ثم اختلف

المشايخ

المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على امامه او قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح التلاوة
ومنهم من قال ينوي الفتح دون القراءة قال المصنف هو الصحيح اشارة الى ان الاول ليس بصحيح لانه
المقتدي رخص له في الفتح على امامه ومنع عن القراءة فلا بد من ما رخص له اليه دون ما نهي عنه واما هذا
اذا اراد ان يفتح على غير امامه فانه ينوي القراءة دون التعليم على ما يذكر ولم يفرق في الكتاب بين ما اذا
قرأ الامام مقدار ما تجوز به الصلاة وبين ما لم يقرأ وان اختلفوا فيه اختيارا منه للصحيح فانه اذا
فتح بعد ما قرأ ذلك الصحيح ولا تفسد صلاة واحد منهما ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلاة
الفاتح وصلاة الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود التلقين من غير ضرورة وهذا ايضا قول المشايخ
اختاره المصنف ومنهم من يقول لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام ان لا
يلجئهم اليه بان يردد الآية او يقف ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه وانما اطلق الاوان لاختلاف
المشايخ فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج اي تحير ان يجاوز الى سورة اخرى
او يركع اذا كان قرأ المستحب صيانة للصلاة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام
ان يتردد فيلجئ القوم الى ان يفتحوا عليه اذا كان قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح
وحده في الصلاة وفتح عليه الخارج واخذ منه فسدت صلاته لوجود التلقين والتلقن وان كان
بالعكس فان نوى التعليم فسدت وان نوى قراءة القرآن لم تفسد واشتراط التكرار وعدمه قد مر
قال رحمه الله ولو اجاب رجلا في الصلاة بلا اله الا الله اذا قيل بين يدي المصلي أإله
مع الله فلا يخلو اما انه اراد جوابه او اعلامه انه في الصلاة فان كان الاول فسدت صلاته عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تفسد لان هذا الكلام ثناء بصيغته اي بما وضع له صيغته وكل
ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلاة ولهما انه كلام يحتمل الثناء
والجواب فكان كالمشترك والمشترك يحتمل تعيين احد مدلوليه بالقصد والنية كالتشميت
فانه لا شك انه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد الحقه النبي صلى الله عليه وسلم بكلام الناس حين
قصد به خطاب العاطس فان قيل روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جواب ابن مسعود حين
استأذن على الدخول وهو عليه السلام في الصلاة ادخلوها بسلام آمنين اراد جوابه ولم تفسد
صلاته قيل اجاب شمس الائمة السرخسي بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع وقت سمعه
على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص على ما نذكر واذا قيل بين يدي المصلي مات فلان
فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القائل لا
يحتاج الى بيان فارق وهو الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق يعني ان ابا يوسف وافقهما
في ان الاسترجاع مفسد والفرق له ان الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة
لاجله والتهليل للتوحيد والتعظيم والصلاة شرعت له وان كان الثاني لم يفسد بالاجماع لقوله
عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلاة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق
للنساء قوله ومن صلى ركعة من الظهر يعني اذا صلى رجل ركعة من صلاة ثم افتتح ابتداء
فلا يخلو اما ان تكون الثانية عين الاولى او غيرها فان كان الثاني فقد نقض الاولى وهي المسئلة

المذكورة في الكتاب اولاً لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى فيبطل وان كانت
فرضين فلا يخلو اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب ولا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم يكن
وقعت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على
حاله لانه نوى تحصيل الحاصل ويكون ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات
خرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته
لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما اذا نوى بلسانه وقال نويت
ان اصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجتزئ به وقوله واذا قرا الامام من المصحف قيد الامام اتفاقي
لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل انه قيده بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة فربما يحتاج الى
النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرا وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرا
مقدار آية تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل
والكثير عنده في الافساد وعندهما في عدمه سواء فلهذا اطلق في الكتاب لهما انها اي القراءة
عبادة وهو واضح انضافت اي انضمت الى عبادة وهي النظر في المصحف لقوله صلى الله عليه وسلم
اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة قال النظر في المصحف والعبادة
الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى اخرى الا انه يكره لتشبيه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا
عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف
وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة ولانه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره
فتحصيلها ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف وعلى هذا
اي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع في مكان والمحمول لانهما في التلقن سواء وعلى الاول
يفترقان لانه اخذ فيه الحمل فاذا كان بالموضوع فات بعض الدليل وشمس الائمة السرخسي جعل
التعليل بالتلقن اصح وقوله ولو نظر المكتوب يعني اذا نظر المكتوب سوى القرآن فانه اذا
كان قرآنا لا خلاف لاصل فجوازه فاما غير القرآن فقد قال بعضهم يجب ان لا تفسد على قول
ابي يوسف وتفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرا كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرا بلسانه
فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان الغرض من القراءة باللسان الفهم وكان التفهم كالقراءة
ولابي يوسف ان القراءة انما تكون باللسان لانه من باب الكلام قال المصنف الصحيح انه لا تفسد صلاته
بالاجماع وليس هذه كمسئلة اليمين لان المقصود هنالك الفهم واما فساد الصلاة فبالعمل الكثير
ولم يوجد قال رحمه الله وان مرت امراة بين يدي المصلي الخ انما ذكر هذه المسئلة وانه لم يفسد
من المصلي شيء يوجب فساد صلاته ردا لقول اصحاب الظاهر ان مرور المراة بين يدي المصلي تفسد
صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم تقطع المراة الصلاة والكلب والحمار قلنا انكرته عائشة حين بلغها
قالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتها
واعترض بان الكلام في المرور بين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض بدوامه

اذا لم يكن

اذا لم يكن متنفسا فالمرور اولى ثم الكلام في هذه المسئلة في مواضع ثمانية الاول وهو انه لا يفسد
شيء لا يقطعها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة مرور شيء والثاني ان المار آثم لقوله
صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين قال الراوي لا ادري
قال اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح من حديث ابي هريرة ان المراد اربعين سنة الثالث ان
مقدار موضع يكره المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
وشيخ الاسلام وقاضي خان وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع
عليه بصره لا يكره ومنهم من قدره بمقدار صفين او ثلاثة ومنهم من قدره بثلاثة اذرع ومنهم
من قدره بخمسة ومنهم باربعين هذا اذا كان في الصحراء اما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد
ان يمر بينه وبين قبلة المسجد وقيل يمر ما وراء خمسين ذراعا وقوله ولا يكون بينهما اي بين المصلي
والمار حائل كاسطوانة او جدار اما اذا كان فلا يأثم ويتحاذى اعضاء المار اعضاءه لو كان
يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلم يأثم وبين هذين
القيدين اعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة
لان الجدار والاسطوانة لا يتصور ان تكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك اذا صلى على
الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب
من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره فخر الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده
فلم يقع عليه بصره لا يكره وهذا لا منافاة فيه فلهذا قال فخر الاسلام انه احسن لكونه مطردا
فانه ما اختار شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها فهو الامام الذي جاز قصبات السبق
في ميدان التحقيق جزاه الله عن المصلحين خيرا والرابع ان يأخذ سترة اذا صلى في الصحراء
لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها
وذلك ان يكون ذراعا فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون
امامه مثل مؤخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء لغة في آخرته وهي الخشبة العريضة التي تحاذي
راس الراكب وتشديد الخاء خطأ وهي يجوز ان تكون مقدار ذراع وسئل كم انه صلى الله عليه
وسلم صلى الى عنزة وهي مقدار ذراع وقوله ينبغي بان غلظ وروي عن ابن مسعود انه قال
يجزئ من السترة السهم والسادس ان يقرب من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى
سترة فليدن منها والسابع ان يجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر لان الاثر ورد
به روي انه صلى الله عليه وسلم ما صلى الى شجرة ولا الى عود ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن
او الايسر لان الاثر ورد به روي انه صلعم ما صلى الى الشجر والى عود ولا عمودا الا جعله على حاجبه
الايمن ولم يصمد اليه صمدا اي لم يقصده قصدا بالمواجهة والثامن ان سترة الامام سترة
للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة والعنزة عصا ذات زج والزج
الحديدة في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي فان اريد بها عنزة
النبي صلى الله عليه وسلم كان غير منصرف للعلمية والتانيث فيكون منصوبا والتاسع ان المعتبر هو

هو الغرز لا الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا كانت صلبة لا يمكنه
الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز فان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتاخرين
يخط خطا طويلا وهو قول الشافعي ولم يعتبره المصنف لان المقصود وهو الحيلولة بينه
وبين المار لا تحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد وروى هشام
عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطا بين يديه ويصلي فان قيل الوضع والخط قد روينا
مثل الغرز فما وجه المنع اجيب بان ذلك لم يرو عن ائمة المذهب ولم يذكر ان ترك السترة لا
لا باس به اذا امن المرور لما ان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار
وروي عن محمد انه تركها في طريق الحجاز غير مرة والعاشر ان الداري اذا لم يكن بين يديه سترة او مر
بينه وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا ما استطعتم ويدرا اي يدفع بالاشارة
كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر
بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي
فابت فمرت فلما فرغ من صلاته قال ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحب
كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل وهو قوله عليه السلام
اذا نابت احدكم نائبة في الصلاة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح لان
باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما النساء فيصفقن يضربن بظهور اصابع اليد
اليمنى على صفحة الكف من اليسرى لما مر ان لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يستحب لهن
التسبيح

فصل

فصل ما يكره للمصلي عما يفسد صلاته واخره ذكرا لقوة المفسد
ويكره للمصلي ان يعبث قال بدر الدين الكردري العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي
والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح ولا نزاع
في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه ولا معتبر بما قيل انما قدمه
لانه كلي يشمل ما بعده لان العبث بالثوب لا يشمل ما بعده من تقليب الحصى وغيره لقوله صلى الله
عليه وسلم ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة والباقيان هما الرفث في الصوم
والضحك في المقابر وقوله لان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة قيل على هذا
كان كالقهقهة فينبغي ان يفسد الصلاة وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء
بها وليس في العبث ذلك قوله ولا يقلب الحصى ظاهر قيل وحاصله ان كل عمل يفيد المصلي
لا باس به لما روي انه صلى الله عليه وسلم عرق في صلاته ليلة فسلت العرق عن جبينه اي مسحه
لانه كان يؤذيه فكان مفيدا واذا قام من سجوده في الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا
تبقى صورة وقوله ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع بالغمز او المد حتى تصوت
وقوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
الاختصار في الصلاة وقوله ولا يلتفت ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن التفسير الاخر
للاقعاء وهو ان ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب لا يقعي

كذلك

كذلك وانما يقعي مثل ما ذكر في الكتاب الا انه ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى صدره
وقوله ولا يرد السلام ظاهر وقوله فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلاته فرضا كان
او نفلا وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس من يجوز شربه في النفل وهو رواية عن احمد
وقوله لانه اي لان كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد وقوله وحالة الصلاة
مذكرة جواب عما يقال ينبغي ان يكون النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه انها ليست كالصوم
لان حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصوم فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول اذا كان
ما دون ملء الفم لا يفسد ومنهم من يقول ان كان قليلا فما دون الحمصة لا يفسد كما في الصوم
وان كان اكثر من ذلك فسدت قال رحمه الله ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد
شرع منحصرا في بيان مسائل الجامع الصغير والطاق هو المحراب والمذكور في الكتاب في وجه
الكراهة احد الطريقين والطريق الاخر وهو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله مشتبه على
من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا كان بجنبي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيها
من عن يمينه ويساره على حاله فلا باس به والمراد بالقيام المذكور في الكتاب مكان الاقدام
فاذا كانت قدماه خارجتين فلا باس به وانما اختار المصنف الوجه الاول لانه مطرد بخلاف
الثاني فانه اذا امكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ما ذكرنا لم يطرد فيه وانما قيد قوله ان يكون
الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال على الدكان في ظاهر
الرواية احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال المعنى الاول وهو التشبه بصنيع اهل الكتاب
فانهم لا يفعلون ذلك ولم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدار قامة
الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدر بمقدار ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا
بالسترة وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر واما اذا كان كما في الجمعة يقوم الناس على الرفوف
والامام على الارض في الجامع لضيق المكان فلا يكره وقوله ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد
يتحدث ظاهر انما المكروه ان يصلي الى وجه غيره لما روي ان عمر راى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما
بالدرة وقال للمصلي اتستقبل الصورة في صلاتك وقال للقاعد اتستقبل المصلي بوجهك فعلم
ان ذلك مكروه ويعلم من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا باس بان يصلي وبقربه قوم يتحدثون ومن
الناس من كره ذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون
او نائمون وتاويله عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في الصلاة او يخاف
ان يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلاته فان لم يكن كذلك فلا باس به والدليل على انه لا يكره
عند الامن من ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون وبعضهم كانوا
يقرؤون وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ ولم يمنعهم عن ذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله ولا باس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق تمام ورد هذه المسالة لان
من العلماء من كره ذلك فعال السيف الة الحرب وفي الحرب باس شديد فلا يليق تقديمه في مقام
التضرع وقيل هو قول ابن عمر وفي استقبال المصحف تشبيه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك

بكتبهم وقيل هو قول ابرهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر وقوله ولا بأس بان يصلي على
بساط فيه تصاوير التصاوير بما تصور مشبها بخلق الله تعالى اعم من ان يكون من ذوات الروح او لا
وقوله واطلق الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة
او لا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه ان كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم وان
كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة ووجه ما في الاصل ما ذكره ان المصلي معظم بلحظ
المفعول فيهما ومعناه ان البساط الذي اعد للصلاة يعظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه
صورة كان نوع تعظيم لها ونحن امرنا باهانتها ولا ينبغي ان تكون في المصلي مطلقا يسجد عليها
او لم يسجد وقوله لحديث جبريل روي ان جبريل استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له
ادخل فقال كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه تماثيل حيوان او رجال اما ان تقطع رؤسها او تجعل
بساطا توطأ فانا معاشر الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة وقوله لانه الصغار جدا لا
تعبد روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس رضي الله عنه كانون محفوف بصور
صغار قوله والى كان التمثال مقطوع الرأس اي ممحوة انما فسره بهذا اشارة الى انه لو قطع رأسه
بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطيور ما هو مطوق اما ما محي رأسه بحيث لا يبين
لا يكره لما ذكر انه لا يعبد بلا رأس فكان كالجمادات فصار كالعلاقة الى الشمع والسراج في انهما لا
يعبدان وانما قال على ما قالوا اشارة الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون
فيه جمر او نار موقدة والصحيح ما قالوا لما ذكر انهما لا يعبدان وقوله ولو كانت الصورة على وسادة
ظاهر ويحكى عن الحسن البصري وعطاء انهما دخلا بيتا فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء
وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها وقوله واشدها اي اشد الصور كراهة
يشير الى ان الكراهة منقول بالتشكيك تختلف احادها بالشدة والضعف وقيل اذا كانت
خلف المصلي لا تكره الصلاة ولكن يكره كونها في البيت لان تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول
الملائكة مستحب وقوله وتعاد على وجه غير مكروه اي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه
كراهة وهو الحكم في كل صلاة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلاة وقوله ولا يكره
تمثال غير ذي الروح لما روي عن ابن عباس انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو
كسبي قال ان لم يكن لك بد فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال والصورة واحد
ومنهم من قال التمثال ما يصور على الجدار والصورة ما يصور على الثوب وليس بواضح وقوله ولا
بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لم يفرق بينهما اذا امكن القتل بضربة واحدة وبين ما اذا احتاج الى
ضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في
الصلاة لم يفصل ومنهم من قال ان امكن القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلاة
لانه عمل كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر
والتوضي وفي كلام المصنف ما ينبي عن هذا لانه قال ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درأ المار فانه
يشير الى انه ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لان ذلك لاصلاح الصلاة دون هذا وقوله ويستوي جميع

انواع الحيات وغيرها يعني التي تسمى جنية وغيرها وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول الفقيه
ابي جعفر ان الحيات منها من سواكن البيوت وهي جنية ومنها ما لا يكون منها والاولى هي التي تكون
صورتها بيضاء لها ضفيرتان تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله صلى الله عليه وسلم اياكم والحية
البيضاء فانها من الجن من غير فصل بين الصلوات وغيرها فلا تقتل في غيرها ايضا الا بعد
الاعذار والانذار بان يقال خل طريق المسلمين فان ابى قتل والثانية هي التي يضرب لونها الى السواد
وفي مشيتها التواء وقال الطحاوي الفرق بينهما فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ على
الجن العهد والمواثيق بان لا يظهروا لامته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا
العهود يباح قتلها وهو مختار شمس الائمة والمصنف لاطلاق ما روينا وقوله ويكره عد
الاي والتسبيحات في الصلاة اطلق الصلاة اشارة الى ان العد مكروه في الفرائض والنوافل
جميعا وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك ليس من اعمال الصلاة وروي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في غير ظاهر الرواية ان العد باليد لا بأس به وقيل باليد لان الغمز برؤس
الاصابع او الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلاة
وقيد بالصلاة احترازا عن خارج الصلاة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلاة
بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح والاي
احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بالاتفاق وكلام المصنف يدل على ان الخلاف بينهم
في الفرائض والنوافل جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة واما النوافل فلا خلاف انه لا يكره وقيل
الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما هو
السنة وهي اربعون اية او ستون اية في الفرائض وعملا بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح
وتسبيحاتها عشر عشر فلا بأس بالعد حينئذ ولابي حنيفة انه يمكنه ان يفعل ذلك قبل
الشروع في الصلاة واما في صلاة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه يحصل
بغمز رؤس الاصابع فيستغنى عن العد بيده **فصل** لما فرغ عن بيان الكراهة
في الصلاة شرع في بيانها خارج الصلاة والخلاء بالمد بيت التغوط والمقصود انه يكره
استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك رواه سلمان وانما قيد
بالخلاء وان كان في الصحراء كذلك لما في خلاف الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضاء
فاما في الاكنة فلا وفي الاستدبار عن ابي حنيفة روايتان فعلى احدى الروايتين فرق
بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الكتاب من قوله لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها
فان قيل كيف يعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تستقبلوا
القبلة بغائط او بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا اجيب بانه محمول على ان المراد به
اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى بيت المقدس وكان مكروها تعظيما لبيت
المقدس وعلى انه يكون رافعا ذيله عند التغوط وقوله وتكره المجامعة فوق المسجد واضح وقوله

لانه لم يأخذ حكم المسجد يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث وان ذهبنا البناء الى اتخاذ المسجد
في البيت فانه يستحب لكل انسان ان يصلي في بيته للصلاة مكانا يصلي فيه النوافل والسنن قال الله
تعالى في قصة موسى عليه السلام واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عليه السلام لا تتخذوا بيوتكم قبورا وهو
عبارة عن ترك الصلاة في البيت وقوله لانه اي الغلق يشبه المنع من الصلاة وهو حرام قال الله
تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا بأس به اي بغلق باب المسجد
اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلاة لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا يرى
ان النساء كن يحضرن الجماعات ثم منعن عن ذلك وكان المنع صوابا فكذلك اغلاق باب المسجد
في زماننا والتدبير فيه لاهل المحلة فانهم اذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير امر القاضي
يكون متوليا وقوله ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص انما ذكر هذه المسألة بهذه العبارة لاختلاف
الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا رضي الله عنه قال حين مر بمسجد مزخرف لمن هذه البيعة
وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في المساجد وعندنا لا بأس بذلك لان عمر رضي الله عنه زاد في
مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه فيه ففعله ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس
في المساجد لانتظار الصلاة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله لا بأس اشارة الى
انه لا يوجر عليه ولا يأثم به وقيل هو قربة لان الله تعالى حثنا على عمارة المسجد بقوله انما يعمر مساجد
الله من آمن بالله واليوم الآخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير
وقوله وهذا اشارة الى لا بأس يعني انما يكون لا بأس به اذا فعل ذلك من خالص ماله فاما المتولي
فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء كالتجصيص دون ما يرجع الى احكام النقش
حتى لو فعل ذلك ضمن والله تعالى اعلم بالصواب

باب صلاة الوتر

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفيات ادائها والاداء الكامل والقاصر
شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر لتردد الدليل على انه فصل هذه المناسبة
ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه الوتر عند ابي حنيفة واجب قيل ليس
في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر ولكن روى يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة انها واجبة
وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد واما في رواية
حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه اخذ زفر قالوا اظهر آثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن
له فيكون سنة واعترض عليه بانه مشترك الالزام فان للقائل ان يقول اظهر آثار الواجبات فيه حيث
لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون واجبا كصلاة العيد واجيب بانا لا نسلم ان صلاة العيد واجبة
لكن المجموع من آثار السنن ولا نسلم ان صلاة العيد ليس لها اذان بل قولهم الصلاة جامعة اذان
لها وفيه نظر ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر رواه
ابو بصرة الغفاري ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة
بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها والثالث ان الزيادة على الشيء انما تتحقق اذا كان من جنس المزيد عليه

لايقال

لايقال زاد في ثمنه اذا وهبه هبة مبتدأة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض
فكذا الزائد الا ان الدليل غير قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب قوله ولهذا
اي ولكونه واجبا وجب القضاء بالاجماع فان السنة لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد
بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت
وعن محمد انه قال احب الي ان يقضى وقيل المراد بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق
الآحاد وقوله وانما لم يكفر جاحده جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده ووجهه ان الجاحد انما يكفر
اذا كان الدليل قطعيا وههنا ليس كذلك لان وجوبه ثبت بالسنة يعني غير المتواتر والمشهور
وكلامه يشير الى ان وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر جاحده وفيه نظر لانه حينئذ كان فرضا
لا واجبا وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة وقوله وهو
اي كونه وجوبه ثبت بالسنة هو المعني بما روي عنه انه سنة وقوله وهو يؤدى في وقت العشاء
فاكتفى باذانه اي اذان العشاء واقامته جواب عن قولهما ولا يؤذن له وقد علمت ما ورد
عليه قال رحمه الله والوتر ثلاث ركعات الوتر عندنا ثلاث ركعات لا يفصل
بينهن بسلام وقال الشافعي رحمه الله في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عليه السلام
ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر
بثلاث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلاث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة
وابي هريرة روي ان عمر رأى سعيدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك
وانما قال ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء قيل ولا حجة له فيما
روى لان الله تعالى وتر لا من حيث العدد فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وقد روي انه اوتر
بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجه ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر
او يحمل على انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلاث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع
وقال الشافعي في قول لنا يوافقنا فيه على الثلاث يقنت فيها بعد الركوع لما روي انه عليه السلام
قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي ان ابن مسعود بعث امه لترى اقتداء وتر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلاث ركعات قرأ في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي
الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن
عباس والجواب عما روي بانه قنت في آخر الوتر ان ما زاد على نصف الشيء فهو آخره ويقنت في جميع
السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روي ان عمر
امر ابي بن كعب رضي الله عنهما بالامامة في ليالي رمضان وامر بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا
قوله عليه السلام للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وتأويل ما روي
عن عمر ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة ولئن سلم ان المراد به القنوت المتنازع
فيه وذلك اثر الصحابي وان قال لا يسوغ الاحتجاج به لا يقال انما احتج به لانه اجماع معنى بان

أبي رضي الله عنه كان يوم بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع لان خلاف ابن
عمر قد ثبت حيث قال لا ارى القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا يتحقق الاجماع ويقرأ في كل
ركعة من الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل
واما عند ابي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة وجب القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد
القطع واستدل المصنف بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر فانها هو على وجوب مطلق القراءة واما
على تعيين الفاتحة وضم السورة اليها فلا دلالة للآية على ذلك نعم ما رويناه من حديث ابن مسعود
دليل على ذلك واما انه لا يعين سورة بعينها يقرأها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو اراد التبرك
بما ورد من حديث ابن مسعود في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد
اختلفت من حقيقة القراءة الى شبهتها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع
والسجود قيل التكبير مشروع في اختلافها فعلا كالخفض والرفع لا قولا الا ترى انه لا يكبر عند
الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلف الحال من الثناء الى القراءة واجيب بانه ثبت رفع
اليد في هذه الحالة بقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير
مشروع في الصلاة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا به وهو من باب
الاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار وتذكر
المواطن السبعة في صفة الصلاة وانما قال في سبع وانها مواطن مذكرا على تأويل البقاع والمراد
بنحو رفعوا الايدي على سبيل الحصر ان لا ترفع على وجه سنة الهدى الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا
لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين
سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة اتفقوا على هذا في القنوت والاولى ان يأتي بعده
بما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الى آخره ولا
يقنت في صلاة غيرها خلافا للشافعي فقال ابو نصر البغدادي القنوت في الفجر سنة عند الشافعي
وفي غيرها ان حدث حادثة وان لم تحدث فلم يقولاه واستدل بحديث انس كان النبي صلى الله عليه
وسلم يقنت في صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم
قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب وهكذا روي عن انس قال قنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية
حين قتلوا القراء وهم سبعون رجلا او ثمانون قيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او
يتوب عليهم ترك ذلك فان قنت الامام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يتابعه لان الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه
منسوخ لما روينا انه عليه السلام قنت شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه
ما ذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة
لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر لان المقتدي لا يأتي بالقراءة وهو شريك الامام لا يقال كيف يقعد
تحقيقا للمخالفة وهو مفسد للصلاة لان المخالفة فيما هو من الاركان او الشرائط مفسدة لا

في غيرها

لا في غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت موجود في القعود
ايضا لان السكوت انما يكون دليل الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه
قائم قال المصنف رحمه الله والاول اظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان
مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام
اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو
مشروع وهو السلام ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية يعني ان هذه المسئلة
تدل على شيئين احدهما ان اقتداء حنفي المذهب بشفعوي المذهب جائز والثاني ان المقتدي يتابع
امامه في قراءة القنوت في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه اتباع في المختلف
اجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال ابو اليسر الاقتداء
بشفعوي المذهب غير جائز من غير ان نطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب
الشعاع عن ابي حنيفة ان من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته وجعل
ذلك عملا كثيرا فصلاتهم فاسدة عندنا فلا يصح الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عند رفع
الرأس من الركوع برفع اليدين لا تمنع صحة الاقتداء في الابتداء لجواز صلاة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية
خطأ من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي على حذف ياء النسبة من المنسوب اليه وقوله وانما
علم المقتدي ما يزعم به فساد صلاته يعني ان الاقتداء به انما يصح اذا تحامى مواضع الخلاف بان
يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين وبان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا ولا يكون
شاكا في ايمانه وان لا يتوضأ في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني ان كان رطبا او
يفرك اليابس منه وان لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع رأسه فان علم
منه شيئا من هذه الاشياء لا يصح الاقتداء وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى
زعم المقتدي ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال
الهندواني وجماعة ان المقتدي ان رأى امامه مس امرأة ولم يتوضأ لا يصح الاقتداء به
وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا جوزوه قال صاحب النهاية وقول الهندواني اقيس لان
زعم الامام ان صلاته ليست بصلاة وكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم
في زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتداء والمختار في القنوت الاخفاء مطلقا سواء كان
القانت اماما او مقتديا او منفردا لانه دعاء وخير الدعاء الخفي ومنهم من يقول يجهر بالقنوت
لان له شبهة القرآن فان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القرآن
اولا والله اعلم

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في
بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها اعم واشمل وقدم السنن على النوافل وهي
في تحريره وابتدأ بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم الخيل والكتابة
ذكر المواقيت فانه قدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض
واول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى فقال

الحلوانی سنة المغرب لان النبی صلی الله علیه وسلم لم یدعها فی سفر ولا حضر ثم التی بعد الظهر
لکونها متفقا علیها والتی قبلها مختلف فیها ثم التی بعد العشاء ثم قبل الظهر ثم التی قبل
العصر وغیرها بعد سنة الفجر قیل وهو الاصح لان فیها وعیدا معروفا قال علیه السلام من
ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتی وقال الحلوانی الافضل فی السنن المنزلة لا
التراویح لان فیها اجماع الصحابة وقیل الصحیح ان الکل سواء ولا تختص الفضیلة بوجه
دون وجه ولکن الافضل ما یکون ابعد من الریاء واجمع للاخلاص ثم ما ذکر فی الکتاب واضح
وقوله والاصل فیه ای فی هذا العدد المذکور قوله علیه السلام من ثابر والمثابرة المواظبة
فان السنة ما واظب علیه النبی صلی الله علیه وسلم مع ترك وفسد امر النبی صلی الله علیه وسلم
علی ما ذکر فی الکتاب یعنی المبسوط او مختصر القدوری قوله غیر انه لم یذکر الاربع قبل العصر
بیان ما هو المذکور فی حدیث المثابرة فان المذکور فی الکتاب زاید علی ثنتی عشرة قوله فلذلك خلاف فی
تسمیته ای الاربع قبل العصر محمد بن الحسن فی الاصل حسنا وخیر بقوله وان شاء رکعتین لا
الاثار لان ابن عمر قال قال رسول الله صلی الله علیه وسلم رحم الله امرأ صلی قبل العصر اربعا وعلیا
قال ان رسول الله صلی الله علیه وسلم کان یصلی قبل العصر رکعتین قوله والافضل هو الاربع لانه
اکثر عددا وادوم تحریمة فکان اکثر ثوابا وقوله ولم یذکر ای النبی علیه السلام الاربع قبل
العشاء ولهذا کان مستحبا لعدم المواظبة وفی کلامه تسامح لانه قال ولهذا ای ولانه لم
یذکر ای النبی صلی الله علیه وسلم الاربع قبل العشاء کان مستحبا وقوله لعدم المواظبة علة
اخری لکونه مستحبا وهو غیر صحیح ویجوز ان یقال الامام لم یذکر فی حدیث المثابرة لعدم المواظبة
وذکر فیها ای فی حدیث المثابرة رکعتین بعد العشاء وفی غیره ای غیر حدیث المثابرة
وهو ما روی عن ابن عمر موقوفا علیه ومرفوعا الی النبی صلی الله علیه وسلم من صلی بعد العشاء اربع
رکعات کن کمثلهن من لیلة القدر ذکر الاربع فلهذا ای فلذلك خلاف فی الفاظ الحدیث بین الاربع
والرکعتین خیر محمد بن الحسن والقدوری بقوله والاربع بعدها وان شاء رکعتین وقوله لا
ان الاربع افضل خصوصا الحاجة اشارة الی ما قال بعض شایخنا ان ما ذکر فی الکتاب بقوله
ان یصلی رکعتین بعد العشاء قول ابی یوسف ومحمد واما علی قول ابی حنیفة فالافضل ان یصلی اربعا
وجعل هذه فرعا لمسئلة الاخری وهی ان صلاة اللیل مثنی مثنی افضل او اربع بتسلیمة واحدة
عنده الاربع افضل وعندهما مثنی مثنی وهی ضعیفة لان محمدا جعله بمنزلة صلاة اللیل ولم یعده
من السنن الموقتة لانه قال ان فعل فحسن والاربع قبل الظهر بتسلیمة واحدة عندنا کذا قاله
النبی صلی الله علیه وسلم روی ابو ایوب الانصاری ان النبی صلی الله علیه وسلم کان یصلی بعد الزوال
اربع رکعات فقلت ما هذه الصلاة التی تداوم علیها فقال هذه ساعة تفتح فیها ابواب السماء
واحب ان یصعد لی فیها عمل صالح فقلت افی کلهن قراءة قال نعم فقلت ابتسلیمة ام بتسلیمتین
فقال بتسلیمة واحدة وقال الشافعی یؤدیها بتسلیمتین وهو افضل واحتج بما روی ابو هریرة ان النبی
صلی الله علیه وسلم کان یصلیهن بتسلیمتین وروی انه علیه السلام قال الصلاة اللیل والنهار مثنی مثنی

والجواب

والجواب عن الاول ان معنی قوله بتسلیمتین ای بتشهدین من باب ذکر الحال وارادة المحل
وقد روی هذا التاویل عن ابن مسعود وعن الثانی بان المشهور صلاة اللیل مثنی مثنی والنهار
غریب ولئن ثبت فمعناه شفع لا وتر واحدة نفیا للبتیراء قال رحمه الله ونوافل النهار
اختلف العلماء فی کمیة النفل لیلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلیة فاما الاباحة فی النهار
فهی ان یصلی رکعتین بتسلیمة او اربعا ویکره الزیادة علی ذلك واما فی اللیل فان یصلی ثمان رکعات
بتسلیمة ویکره الزیادة علی ذلك قال فی النهایة لا فایدة فی تخصیص ابا حنیفة بهذا الحکم لان
کلا للحکمین الجواز فی نافلة اللیل الی الثمان بغیر کراهة والکراهة فیما وراءها اتفاق فی عامة
روایات الکتب وقلت یجوز ان یکون ذکر ابی حنیفة للاحتراز عن قول الشافعی فانه یقول لا یزید
علی اربع ولو زاد کره له ذلك وقوله وقالا لا یزید باللیل علی رکعتین بتسلیمة یفهم منه انه
لا یزید علی ذلك من حیث الاباحة ولیس کذلك بل یزید علیها من حیث الافضلیة لان الزیادة
علیها لیست بمکروهة بالاتفاق فی اللیل علی ما ذکرنا وفی الجامع الصغیر لم یذکر الثمان فی صلاة
اللیل وانما ذکر الست ودلیل الکراهة ان النبی صلی الله علیه وسلم لم یزد علی ذلك ولولا الکراهة
لزاد علی ذلك تعلیما للجواز وهذا اختیار القدوری وفخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح
انه لا یکره الزیادة علی ثمان رکعات لانه روی انه علیه السلام صلی ثلاث عشرة رکعة فتکون ثمان
صلاة اللیل وثلاث وترا ورکعتان سنة الفجر وکان یصلی هذا کله فی الابتداء ثم فصل البعض
علی البعض وفیه نظر لان کلامنا فیما یکره بتسلیمة واحدة ولیس فیما ذکرنا ما یدل علی ذلك
واما الافضلیة فما ذکر ان الافضل فی اللیل عند ابی یوسف ومحمد مثنی مثنی والتکرار للتاکید لان
معنی مثنی اثنین اثنین وفی النهار اربع اربع وعند الشافعی مثنی مثنی فیهما وعند ابی حنیفة
اربع اربع فیهما للشافعی قوله صلی الله علیه وسلم صلاة اللیل والنهار مثنی مثنی وکلام ظاهر
وقوله والتراویح تؤدی بجماعة جواب عن اعتبارهما بالتراویح فیراعی فیها جهة التیسیر
بالقطع بالتسلیم علی راس الرکعتین لان ما کان ادوم تحریمة کان اشق علی الناس وقوله ومعنی
ما رواه شفعا جواب عن حدیث الشافعی وقد ذکرناه فصل لما فرغ من بیان
الصلوات المفروضات والواجبات والنوافل علی الترتیب شرع فی بیان القراءة التی یختلف
وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات واعلم ان مسئلة القراءة فی الفرایض الرباعیة مخمسة
فعندنا هی فرض فی الرکعتین وقال الشافعی فی الرکعات کلها وقال مالك فی ثلاث رکعات وقال
الحسن البصری فی رکعة واحدة وقال ابو بکر الاصم القراءة فی الصلاة سنة کسایر الاذکار وهو
فاسد لان سایر الاذکار حین شرع شرع سنة وجبت المخافتة به علی کل حال وههنا وجب
الجهر بالقراءة فی اکثر الصلوات بل فی کلها من حیث الاصل فلو کانت سنة لکانت مخافتة لان مبنی
التطوعات علی الخفیة والکتمان علی انه مخالف لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن
قوله تعالی فاقرءوا ما تیسر من القران امر وهو لا یقتضی التکرار ولا یلزم ارکعوا واسجدوا فان
التکرار فرض لانه ثبت ذلك بفعل النبی صلی الله علیه وسلم والجواب عنه القول بالموجب وهو ان

نسلم ذلك لكنه لا ينافيه فيجوز ان يثبت بدليل آخر كما سنذكره ووجه قولهما لله ان القراءة يجب ان تكون
واجبة في جميع الركعات لقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة لكنا اقمنا الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه
قول الاول قوله الحديث وذلك لان كل ركعة صلاة بدليل انه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكرتم
خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد به عليه وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى الحاقا بها بالدلالة
لانهما اي الاولى والثانية تتشاكلان من كل وجه فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث الثناء
والتعوذ والبسملة اجيب بان ذلك امر زائد والاعتبار بالاركان فاما الاخريان وفي بعض النسخ
الاخراوان وهو لحن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها في التثنية كعصوان ورحيان واذا
كانت رابعة تقلب ياء لا تغني فيفارقانها اي الاوليين في حق السقوط وصفة القراءة وقدرها
فانها لا تضم السورة الى الفاتحة فيها فلا يلحقان بهما وقوله والصلاة جواب عما روره من الحديث
وتقريره ان قوله لا صلاة مصدر مذكور صريحا فكان كمن حلف لا يصلي صلاة لا كمن حلف لا يصلي وذلك
ينصرف الى الركعتين عرفا فكذا هذا فان قيل لا صلاة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرد قلنا تعم كل
فرد من افراده لغة او شريعة لا سبيل الى الاول لان حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطا في فرد
من افراد الدعاء والثاني مسلم لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا للنهي عليه السلام عن البتيراء
ولنا ان نقول ايضا بموجب العلة سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة لكن الكلام في ان القراءة في الاوليين هل
هي قراءة في الاخريين اولا وما ذكرتم لا يدل على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عليه السلام القراءة
في الاوليين قراءة في الاخريين وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب قيل على جهة
الثناء لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتأخرين من اصحابنا وان شاء سكت مقدار تسبيحة وان شاء
سبح ثلاث تسبيحات كذا روي عن ابي حنيفة وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله
عنهما انهما كانا يسبحان في الاخريين وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت
اقرأ وليكن على جهة الثناء الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم على ذلك حتى
بترك القراءة والا لكان واجبا فلهذا اي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الافضلية لا تجب سجدة
السهو بتركها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيئا
وان سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن
الذكر والقراءة جميعا وظاهر الرواية اصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا سقطت بقي القيام
المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم ان المصنف قال في اول فصل القراءة واجبة في الركعتين ثم
يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا باعيانهما ان شاء قرأ في الاوليين وان شاء قرأ في الاخريين
وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة والافضل ان يقرأ في الاوليين وقال في خلاصة
الفتاوى واجبات الصلاة عشرة وذكر منها تعيين القراءة في الاوليين قوله والقراءة واجبة في
جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ظاهر وقوله ولهذا اي ولكون كل شفع منه صلاة على حدة
لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر من ذلك في المشهور عن اصحابنا وانما قيل المشهور

احتراز

احترازا عن قول ابي يوسف اولا على ما سيأتي وقوله ولهذا اي ولان القيام الى الثالثة بمنزلة
تحريمة مبتدأة قالوا يستفتح في الثالثة اي يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء
واستشكل هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف فانهما يجوزان ترك القعدة الاولى من الشفع
الاول في التطوعات فلو كان كل شفع منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة لترك
القعدة الاخيرة التي هي فرض والجواب انه وجه القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد
وفي الاستحسان لا يفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو مشروع
بالاجماع اشبه صلاة ثم هذه صلاة الفجر من حيث ان كل شفع منها صلاة على حدة وصلاة الظهر
من حيث ان الاربع مشروعة كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني فبالنظر الى الشبه الاول
تفسد صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا تفسد لان القعدة
المتروكة ليست اخيرة فلا تفسد بالشك ويؤمر بالعود الى القعدة ما لم يسجد نظرا الى
الشبه الاول ولم يؤمر به بعد السجود لتأكد الشبه الثاني به واوجبنا القراءة على كل حال
لانها ركن مقصود لعينها واما القعدة فانما شرعت للتحلل او للفصل بين شفعين فاعتبر
فيها رعاية الشبهين ويؤيد هذا وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلاة
ركن مقصود لعينها وكونه فرضا ثبتت بالسنة ففيه احتمال النفلية فتجب القراءة في الجميع
احتياطا قال رحمه الله ومن شرع في نافلة ثم افسدها هذه هي المسألة المشهورة
في ان الشروع في النفل صلاة كان او صوما ملزم عندنا خلافا للشافعي والعلماء اوردوا هذه
المسألة في كتاب الصوم لان الآثار التي يحتج بها من الجانبين انما وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسن
القدوري لما رأى حكم المسألة فيهما واحدا اوردها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف قال ان
المتنفل متبرع فيما في فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تعالى ما على المحسنين
من سبيل لكن شرع في صلاة النفل ناويا اربعا فصلى ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب
انه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه او بعده والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني عين النزاع
والآية محمولة على الاول وقد بينا ان كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجب الشروع
في الشفع الثاني حتى يكون ملزما ولنا ان المؤدى وقع قربة بتسليمه الى مستحقه وكل ما وقع
قربة لزم اتمامه ضرورة صيانته عن البطلان في حق الغير قال الله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل
المؤدى لا يخلو اما ان يكون عبادة او لا فان كان الاول فلا حاجة الى الزام الباقي لان المشروع
فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثاني فلا وجه للتسليم اليه فالجواب انه عبادة حتى
انه لو مات اثيب عليه ولئلا يلزم تركيب الشيء من منافيه والزام الباقي لانه التزم عبادة صوما او
صلاة مثلا ولا يكون كذلك الا بالزام الباقي لانه بهذا الاعتبار غير متجزئ قوله وان صلى اربعا اي شرع
في الصلاة ناويا اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين يعني الشفع الثاني
لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيهما
بالقيام الى الثالثة واما اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شيء يعني ابي يوسف انه يقضي

بالتنه وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء كما اذا نذر
فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما ان الشروع سبب الوجوب ما شرع فيه وهي
الركعة الاولى والوجوب لا يعدو ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية لان البتيراء منهى عنه والشفع
الثاني ليس مما شرع فيه لانه المفروض ولا ما يتوقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجبا بالشروع
في الشفع الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه وظهر من هذا ان النية لم تقارن سبب
الوجوب وهو الشروع لان الغرض انه لم يشرع على الثنتين فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب
فيلزم القضاء بالافساد وعلى هذا سنة الظهر فان افسد الاخريين قبل الشروع يقضيهما عند
ابي يوسف وعندهما لا يقضى وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلاة واحدة حتى ان الزوج
اذا خير امرأته وهي في الشفع الاول من هذه الصلوات او اخبرت بشفعة لها فاتمت اربعا لا يبطل
خيارها ولا شفعتها على سائر التطوعات **قال** رحمه الله وان صلى اربعا ولم يقرأ
فيهن شيئا ۞ هذه المسئلة تلقب بالمسئلة الثمانية والوجوه الاتية فيه ستة عشر وهو انه
قرأ في الجميع ۞ ترك في الجميع ۞ ترك في الشفع الاول ۞ تركه في الشفع الثاني ۞ ترك في الركعة الاولى
ترك في الثانية ۞ ترك في الرابعة ۞ ترك في الشفع الاول والركعة الثانية ۞ ترك في الاول والرابعة ۞
ترك في الركعة الاولى والشفع الثاني ۞ ترك في الثانية والثالثة ۞ ترك في الركعة الاولى والثالثة ۞
ترك في الاولى والرابعة ۞ ترك في الثانية والثالثة ۞ ترك في الثانية والرابعة ۞ فهذه ستة عشر وجها
والمصنف ترك الوجه الاول لان الكلام في اقسام الفساد بترك القراءة والتي تقرأ في جميعها
ليست منها وتداخلت منها سبعة اوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية فعليك بتمييز
المتداخلة بالتفتيش بالاقسام المذكورة في الكتاب والاصل فيها ما ذكر ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين
او في احداهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت
بترك القراءة بالاجماع وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لانه يوجب
فساد الاداء لا بطلانه وفساد الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يأت بالاركان
حال كونه منفردا او خلف الامام او سبقه الحدث فذهب ليتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة للصلاة
فكذلك فساده وانما قلنا ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء لا بطلانه لانها ركن زائد بدليل انه
وجودا بدونها من المقتدي والاخرس والامي والركن الاصلي ليس كذلك واذا كان ركنا زائدا لا يؤثر
في ازالة اصل الصلاة حتى تصير باطلة وانما يؤثر في ازالة صفتها وهي صحة الاداء فعملنا بتقليل الدليل فصار
فاسدا فان قيل سلمنا انه اوجب الفساد وان الفساد لا يزيد على تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن
ما ذكرتم تلفيق لا ترك فلا يكون مفيدا اجيب بان هذا ترك قبل اشتغاله بالاداء وانما يعرف كونه تاخيرا
اذا اشتغل بالاداء فقبل اشتغاله يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان للخصم حينئذ ان يقول
لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد بينه وبين ترك القراءة
حيث يبطلان التحريمة دونه اجيب بانهما محظورات التحريمة وارتكابها يقطع التحريمة لانه يمنع
انعقادها في الابتداء فيجوز ان يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك

لكن

لكن اتصاف الركن وهو ما يقوم به الشيء بالزيادة ليس بكلام محصل فالجواب ما قررناه في التقرير
تقريرا لا يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من فحول اصحابنا وبعض اصحابنا المتأخرين
انكروا هذه العبارة وعند ابي حنيفة ان ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة
وفي احداهما لا يوجب اما الاول فلان كل شفع من التطوع صلاة على حدة وكان ترك القراءة فيه
اخلاء للصلاة عن القراءة فتكون فاسدة يجب قضاؤها وبطل تحريمتها واما الثاني فكان
القياس فيه مثل الاول كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة
واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم فقضينا بالفساد
في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل
واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلاة بتركها في الركعتين ايضا مجتهد فيه لان ابا بكر الاصم
لا يقول بفسادها اجيب بان ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن قوله واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظاهر مسائل نشير اليها
وهو قوله فعليه قضاء الاخريين يعني اذا قعد بينهما واما اذا لم يقعد فعليه ان يقضي اربعا
لما ان الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد تقدم وقوله لم يصح الشروع
في الشفع الثاني يعني انه لا يكون صلاة حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه
ولو قهقه لم تنتقض طهارته وقوله ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند ابي يوسف
يقضي اربعا وانما قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس قوله باتفاق بينهما بل انما هو قوله على
رواية محمد وهو فصل اصابه مجزه كما ترى وعند محمد يقضي ركعتين بناء على اصله ان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في احدى الاوليين وابو يوسف ايضا على اصله ان التحريمة باقية فصح الشروع في الشفع
الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت محاورة بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير
فقال ابو يوسف رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين وقال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء
اربع ركعات والاصل المذكور يساعد محمدا واعتذر لابي يوسف بان ما حفظه هو قياس مذهب ابي
حنيفة لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع
فيه وقوله قال يعني محمدا وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلاة مثلها اورد بعد ذكر
ان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل وما ترتب على ذلك من المسئلة الثمانية دليلا على ذلك
بما اول اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة وانما حمل عليه هنا لانه ثبت
خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي اربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده
فيحتاج ان يأول على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به الزجر عن تكرار
الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول المصنف فيكون بيان
فرضية القراءة في ركعات النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية ولئن كان مشهورا
فهو مأول كما ذكرنا ولئن قيل انه بيان لمجمل الكتاب فصار بحكم المسمو لا يستقيم ايضا لان نص
القراءة ليس بمجمل اذ لو كان مجملا كان قراءة الفاتحة فرضا واجيب بانه قال بيان الفرضية

ان تكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى فاقرؤا على ما تقدم والحديث لبيان انها فرض في التطوع
ركعة فركعة قال رحمه الله ويصلي النافلة قاعدا اي يجوز للقادر على القيام ان
يصلي النافلة قاعدا لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم سماه صلاة
ولا يخلو اما ان يكون المراد ما كان بعذر او بغيره لا سبيل الى الاول لان ذلك وصلاة القائم سيان
في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد بها الفرض او التطوع لا سبيل الى
الاول بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي مشروع لكل وعن فروع عنه لكونها غير واجبة
وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام
قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط فيه كيلا ينقطع به اي بسببه عن الخير واختلفوا
في كيفية القعود روى محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه لما جاز له ترك اصل القيام فترك
صفة القعود اولى وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر عمره
كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي
اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي والمصنف لانه عهد مشروعا في الصلاة وان افتتحها
قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لان الشروع
عندنا معتبر بالنذر في الالتزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز ان يصلي قاعدا وكذا اذا شرع قائما ولابي
حنيفة ما تقدم ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه الا به كالركعة الثانية
وههنا لما شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا
يكون الشروع في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا
بتسميته فيلزمه حتى لو لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه
ابو جعفر الهندواني لا رواية فيما اذا نذر ان يصلي صلاة ولم يقل قائما او قاعدا ما يجب قال يصلي
قاعدا ثم اختلف المشايخ قال الامام فخر الاسلام لم يلزمه القيام لانه في النفل وصف زائد فلا يلزم
الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وما اوجبه الله
تعالى اوجبه قائما وفي قوله حتى لو لم ينص المصنف نظر لانه لا يستقيم في الاستدلال على قول ابي
حنيفة اخذ بقول بعض من تاخر عنه بازمنة كثيرة واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب يفيد انه لو قعد
في الركعة الاولى بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشره وما باشره الا قائما وذكر في الفوائد
الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كانت له الخيرة بين الافتتاح قائما وبين
الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتهاء وبالطريق الاولى لان حكم الاستدامة اخف بدليل ان الامام لا يجوز
له انشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البناء وفيه نظر لان كون البقاء اسهل من الابتداء من المسلمات لا نزاع
فيه لكن عارضنا اصل آخر وهو ان الشروع فيما باشره ملزم قوله ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته يعني
سواء كان بعذر او بغيره يتوجه عند افتتاح الصلاة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق المروي وكذلك لا فرق
بين ان يكون على دابته في موضع جلوسه او في ركابيه نجاسة او لا لان الركوع والسجود اذا سقطا مع
كونهما ركنين فلان يسقط طهارة المكان وهو شرط اولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل

ولايلزم

ولا يلزم من سقوط الشيء المخلف سقوط ما لا خلف له فكان ما قال محمد بن مقاتل وابو حفص
الكبير اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس او الركابين اكثر من قدر الدرهم لا تجوز الصلاة هو
القياس من اعتبار الصلاة على الدابة بالصلاة على الارض وان كانت عامة المشايخ على الجواز
للضرورة وما في الكتاب ظاهر وقوله اما الفرائض فمختصة بوقت اشارة الى ان الفرضية
لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة الا من عذر كخوف اللص والسبع وطين
المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه وقوله تنزل لسنة الفجر
قال ابن شجاع يجوز ان يكون هذا لبيان الاولوية يعني ان الاولى ان ينزل لركعتي الفجر وقوله
ينفي اشتراط السفر اشارة الى ما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان جواز التطوع على الدابة
للمسافر خاصة لان الجواز بالايماء للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح ان المسافر
وغيره سواء بعد ان يكون خارج المصر واختلف في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الاصل
مقدار الفرسخين وقدر بعضهم بالميل ومنع الجواز في اقل منه وقوله والجواب بالنصب
معطوف على قوله اشتراط فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص
دون الروايات وذكر في الهارونيات ان عند ابي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر
لان النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير على الدابة فيه
لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى القياس وعن ابي يوسف لا باس به لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكي ان ابا يوسف
احتج به على ابي حنيفة فلم يرفع راسه قيل انما لم يرفع راسه رجوعا منه الى الحديث وقيل
بل هذا حديث شاذ فيما يعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد جوزه بالحديث لكنه كرهه لان اللغط
يكثر في المصر فلا يؤمن من الغلط في القراءة ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة
نازلا ثم ركب استقبل وانما قيد بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق فانه لو لم يصل ركعة فالحكم
كذلك وتقرير دليل ما في المختصر مقدمة هي ان بناء بعض الصلاة على بعض انما يجوز اذا
كانا شيئا ولي تحريمة واحدة واما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام الراكب
انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول بلا مبطل فكان ما صلى بايماء وهو راكب وما
يصلي بعد النزول بالركوع والسجود شيئين بتحريمة واحدة فجاز بناء احدهما على الاخر فاذا
اتى بهما اي بالركوع والسجود صح واحرام النازل لم ينعقد موجبا للركوع والسجود لانه
لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي
بعد الركوب بايماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه لانتقال القدرة على الركوب بعد
الافتتاح من غير مبطل ممكن بان يرفعه شخص ويضعه في السرج وضعا لان الاعتداد على
الشيء في التكليف انما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل
ايضا لان في البناء بناء القوي على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض اذا قدر في خلال الصلاة على
الركوع والسجود فانه يستقبل لئلا يلزم بناء القوي على الضعيف والجواب بما ذكرنا من المقدمة وان

احرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كاحرام النازل فلا يجوز بناء ما لم يتناوله احرامه على ما تناوله بخلاف الراكب اذا نزل فكان هذا من باب تخصيص العلل فمن جوزه فلا كلام ومن لم يجوز يلتجي الى المخلص المعلوم في اصول الفقه وعن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل لانه صار صلاة فلا يبنى فيها القوي على الضعيف واما اذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهي شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي ايضا كالطهارة للنافلة كطهارة للفريضة فليس فيها بناء قوي على ضعيف والصحيح هو الظاهر وهو ان الراكب اذا نزل بنى والنازل اذا ركب استقبل لما ذكرنا والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم وترجم بقيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل اربع ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة وهي الجلسة ثم سميت لاربع ركعات فانها التراويح قوله ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة يعني في حق الرجال والنساء وفيه نظر لانه قال يستحب ان يجتمع الناس وهذا يدل على ان اجتماع الناس مستحب وليس فيه دلالة على ان التراويح مستحبة واليه ذهب بعضهم فقال التراويح سنة والاجتماع مستحب وقوله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون انما يدل على سنيتها لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يواظب اجاب بانه صلى الله عليه وسلم بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان يكتب علينا روي انه صلى الله عليه وسلم خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكني خشيت ان تكتب عليكم فكان الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر فقال عمر اني ارى ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن كعب فصلى بهم خمس تسليمات عشرين ركعة وقوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة كان من حقه ان يقول والمستحب في الانتظار بين الترويحتين لانه استدل بعادة اهل الحرمين على ذلك واهل الحرمين كانوا لا يجلسون فان اهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين اسبوعا واهل المدينة يصلون بدل ذلك اربع ركعات واهل كل بلدة بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لان التراويح ماخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح وليس بصحيح اي مستحب وقوله ووقتها بعد العشاء قبل الوتر قال عامة المشايخ فان صلاها قبل العشاء او بعد الوتر لا تكون تراويح لانها عرفت بفعل الصحابة وكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وذهب جماعة من مشايخ بلخ الى ان جميع الليل الى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل والاصح ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء فلو صلى قبل العشاء لا تكون تراويح ولو صلى بعد الوتر جاز قوله ولم يذكر قدر القراءة ظاهر وقال

بعضهم

بعضهم يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب لان التطوع اخف من المكتوبة فيعتبر باخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء لانها تبع لها وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقرأ في كل ركعة عشر آيات وهو الصحيح لان فيه تخفيفا على الناس ويحصل به السنة لان عدد الركعات في ثلاثين ليلة ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف وشيء فاذا قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل الختم وقوله ويجلو ما بعد التشهد من الدعوات يعني اذا علم ان قراءتها تثقل على القوم يتركها ولا ينبغي ان ياتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي فيحتاط في الاتيان وقوله ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهر واما الوتر بجماعة في رمضان فهل افضل لان عمر كان يؤمهم في الوتر وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح فان ابي بن كعب ما كان يؤمهم فيها وتصح التراويح بمطلق النية ونية التراويح او سنة الوقت افضل والله تعالى اعلم بالصواب

باب ادراك الفريضة

لما فرغ عن بيان الفرائض والواجبات والنوافل شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء بالجماعة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت اي شرع الامام في الصلاة يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان لان البتيراء منهي عنها ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر ثم اقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة الفرضية لاقامة السنة اجيب بان النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض على وجه الكمال فان النقض للاكمال اكمال كهدم المسجد للبناء وللصلاة بالجماعة فضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لادراك ذلك فان قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فان الاصل عنده ان صفة الفرض اذا بطلت بطل اصل الصلاة على ما سيأتي فلا يكون المؤدى مصونا عن البطلان اجيب بان ذلك مذهبه فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما اذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وههنا يتمكن من ذلك وفرق بينهما بان ابطال صفة الفرضية لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه جاز قطعها لحطام الدنيا حتى قيل لاجل درهم فلان يجوز لاحراز الفضيلة اولى بخلاف ابطالها في تلك الصلاة فانه ليس باطلاق من الشرع وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح واليه مال فخر الاسلام لانه بمحل الرفض يعني لم تتم لانه الرفع في الجملة ما لم يقيد بالسجدة الا ترى ان من قام الى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة والقطع للاكمال وهو اكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الائمة لان ما اتى به ان لم يكن صلاة فهو قربة سلمت الى مستحقها فلا يجوز ابطالها الا ترى انه لو شرع في التطوع ثم اقيمت الظهر لم يقطع التطوع ففي الفرض اولى والجواب ان التطوع فعل الانسان للاكمال دون ما ذكرتم واليه اشار المصنف بقوله والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او السنة قبل الجمعة فاقيم للظهر او خطب الامام لف ونشر مستقيم يقطع على راس الركعتين احرازا لفضيلة الجماعة مروي ذلك عن ابي يوسف وروي في الجمعة عن ابي

في النوادر وقيل يتمها لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم وان كان قد صلى ثلاثا
من فرض الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فيثبت به شبهة الفراغ ولو ثبت حقيقته لم يحتمل
النقض فكذا اذا ثبت شبهته بخلاف ما اذا لم يقيد الثالثة بالسجدة لانه بمحل الرفض كما
مر فيقطعها واذا اراد القطع فهو بالخيار ان شاء عاد وقعد وسلم ليكون ختم صلاته على
الوجه المشروع ثم اختلفوا هل يتشهد ثانيا او لا فقيل يتشهد لان القعدة الاولى لم تكن قعدة
ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لان بالعود الى القعدة ارتفض القيام
وجعل كانه لم يوجد اصلا وكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند
بعضهم لانه المعهود في التحلل وقيل تسليمة واحدة لان التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه
وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام لانه مسارعة الى ادراك الفريضة وقال شمس
الائمة الحلواني لو لم يعد الى القعدة فسدت صلاته وهو المذكور في النوادر واختاره شمس الائمة
السرخسي لان القعدة المؤداة لم تقع فرضا وركعتاه لما انقلبتا نفلا لم يكن لهما بد من القعدة
المفروضة وقال فخر الاسلام الصواب يكبر قائما لانه يختم صلاته فاذا كبر قائما ينوي الشروع
في صلاة الامام تنقطع الاولى في ضمن شروعه في صلاة الامام ثم هو مخير ان شاء رفع يديه وان شاء
لم يرفع وقوله واذا اتمها معطوف على قوله يتمها وقوله ويدخل مع القوم الدخل [illegible] لان الذي
يصلي معهم نافلة ولا الزام فيها والافضل الدخول لانه في وقت مشروع وينفي عنه تهمة انه
ممن لا يرى الجماعة فان قيل يلزم اداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه اجيب بان
الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين واما اذا كان الامام مفترضا فلا كراهة لما روي انه
صلى الله عليه وسلم فرغ من الظهر فراى رجلين في اخر الصفوف لم يصليا معه فقال علي بهما فاتي
بهما وفرايصهما ترتعد فقال على رسلكما فاني ابن امراة كانت تاكل القديد ثم قال ما لكما لم تصليا
معنا فقالا لانا كنا صلينا في رحالنا فقال صلى الله عليه وسلم اذا صليتما في رحالكما ثم اتيتما صلاة
قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما سبحة اي نافلة قال رحمه الله فان صلى ركعة من الفجر
كلامه واضح وقوله في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف انه يصلي ربعا نافلة تاما مع الامام وكره
بعد ما يفرغ الامام لانه مخالفة الامام بعد فراغه لا تمنع الاقتداء كالمقيم اذا اقتدى بالمسافر و
كالمسبوق فانهما يقومان بعد فراغ الامام والجواب على الظاهر انهما يفعلان ذلك لاداء ما عليهما
وفيما نحن فيه يفعله لما له والاول اقوى ولا يلزم منه جواز المخالفة لامر قوي جوازها لامر ضعيف
قوله ومن دخل مسجدا قد اذن فيه وفيه تفصيل وذلك ان من دخل مسجدا قد اذن فيه فاما ان يكون
قد صلى او لم يصل فان لم يصل فاما ان يكون مسجد حيه او لا فان كان كره له ان يخرج قبل الصلاة لانه
المؤذن دعاه ليصلي فيه وان لم يكن فان صلوا في مسجد حيه فكذلك لانه صار بالدخول فيه من اهله
وان لم يصلوا فيه وهو يخرج لان يصلي فيه فلا باس به لان الواجب عليه ان يصلي في مسجد حيه وان كان
قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا باس بالخروج الا ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله يصلي
ركعتي الفجر عند باب المسجد اما انه يصلي وان كانت الجماعة قد قامت لان سنة الفجر من اكد السنن

وافضلها

وافضلها قال عليه السلام صلوها وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام ركعتا الفجر خير من الدنيا
وما فيها وادراك ركعة من الفجر كادراك الكل قال عليه السلام من ادرك ركعة من الفجر فقد ادرك
الصلاة فكان جمعا بين الفضيلتين واما انه يصلي عند باب المسجد فلانه لو صلاها في المسجد كان متنفلا
فيه عند اشتغال الامام بالفريضة وهو مكروه فان لم يكن على باب المسجد موضع للصلاة يصليها
في المسجد خلف سارية من سواري المسجد واشدها كراهة ان يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة
والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قبيل طلوع
الفجر لوجود السبب وقيل بقرب من الفرض لانها تبع له وقوله وان خشي فوتهما يشير الى انه
ان كان يرجو ادراك القعدة يدخل مع الامام وحكي عن الفقيه ابي جعفر انه على قول ابي حنيفة
وابي يوسف يصلي ركعتي الفجر لان ادراك التشهد عندهما كادراك الركعة اصله مسئلة الجمعة
والفقيه اسمعيل الزاهد كان يقول يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى تلزمه بالشروع
فيتمكن من القضاء بعد الفجر وزيفه الامام السرخسي بان ما وجب بالشروع ليس باقوى مما وجب
بالنذر وقد نص محمد ان المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وبانه امر بالافتتاح على قصد
ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا واقول ان اراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالتزييف
موجه وان اراد بعده فلا والقصد للقطع نقض للكمال ولا باس به وقوله لان ثواب الجماعة اعظم
لما روي انه عليه السلام قال صلاة الجماعة افضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة وقوله
والوعيد بالترك الزم يريد به ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لقد هممت ان استخلف من يصلي
بالناس وانظر الى من لم يحضر الجماعة فامر بعض الفتيان بان يحرقوا بيوتهم وقوله في الحالتين يريد
بهما حال خوف فوت كل الفرض وحالة خوف فوت البعض وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم
انه لا يقضيها وهذا غير سديد لانه عليه السلام فاتته الاربع قبل الظهر فقضاها بعده رواته
عائشة رضي الله عنها وقوله ولا كذلك سنة الفجر يعني لا يمكن اداؤها بعد الفرض فحصل الفرق
وقوله هو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني قوله عليه السلام نوروا بيوتكم بالصلاة
ولا تجعلوها قبورا وما روي ان جميع سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم والوتر كان في بيته قال
رحمه الله واذا فاتته ركعتا الفجر ومن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه
يبقى نفلا مطلقا اذ السنة ما اداها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبت انه اداها في غير الوقت
على الانفراد انما قضاها تبعا للفرض غداة ليلة التعريس وليس الكلام فيه وهو اي النفل المطلق
مكروه بعد الصبح وقوله ولذا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي
ان يقضيهما قيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه القضاء وان فعل فلا باس به ومحمد
يقول احب الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف فيما
لو قضى كان نفلا مبتدا او سنة وقوله لاختصاص القضاء بالواجب لان القضاء تسليم مثل الواجب
بالامر وكلامه واضح وقوله وفيما بعده اختلف المشايخ اي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم يقضيها
تبعا ولا يقضيها مقصودة وقال بعضهم لا يقضيها مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل

على خلاف القياس فلا يقاس عليه وقت فرضها فرقيل وهو الصحيح وقوله واما ما سائر السنن سواها اى
سوى سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما اى سوى ركعتي الفجر لا تقضى بعد الوقت وحدها وفي قضائها
تبعا للفرض اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وقيل
نفل لان مثل هذا يسمى تبعا لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو
الصحيح وقوله ومن ادرك ركعة من الظهر من ادرك ركعة من الصلاة الرباعية ولم يدرك الثلاث
لم يصل تلك الصلاة بجماعة باتفاق بين اصحابنا وادرك فضيلة الجماعة اى صار محرزا ثواب صلاة
صليت بالجماعة باتفاق ايضا بينهم وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة عنه بفعل
واجيب عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم على قوله في الجمعة ان مدرك الامام في التشهد ليس
بمدرك الجمعة فيتمها اربعا انه لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك للاقل فكما انه ادرك
الاقل حرم ادراك الجمعة بحيث ادراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر وقوله
ولهذا تفريع على ذلك بالاتفاق قال في الجامع انما قال عبده حر ان صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها
لم يحنث لانه لم يصل الكل بهم لانفراده بالبعض ولو قال ان ادرك الظهر حنث وان ادركهم في التشهد
لان المدرك لآخر الشئ مدرك لذلك الشئ فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها
قال رحمه الله ومن اتى مسجدا قد صلى فيه اذا فاتت الجماعة رجلا ودخل في مسجد قد صلى
فيه او اراد الصلاة المكتوبة في مسجد بيته فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له من السنن الرواتب
وغيرها ما دام في الوقت سعة اما اذا لم يكن يبدأ بالمكتوبة كيلا يفوت الفرض عن وقته قيل هذا اى قول
محمد لا بأس بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر والعشاء مندوب اليه
والناس بالخيرة بين اتيانه وتركه فاذن لا بأس بالتطوع قبلها واما التطوع قبل الفجر والظهر فآكد
من ذلك لان لها زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم صلوهما وان طردتكم الخيل والامر للندب بدليل التأكيد
بقوله وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم
ودلالة على وكادة الاربع اقوى من الاول وهذا قول فخر الاسلام وشمس الائمة السرخسي وصاحب
المحيط وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي رحمهم الله وقيل هذا اى قول محمد لا بأس بان يتطوع
في الجميع لقوله لانه صلى الله عليه وسلم انما واظب عليها عند اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة
دون المواظبة فان صلى لا يكون سنة انما يكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن
زياد والكرخي قال المصنف والاولى ان لا يتركها اى السنن الرواتب في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة
او منفردا مقيما او مسافرا اهلنا افعل الخلفاء الراشدين وكبار الصحابة والتابعين ولان المنفرد احوج
اليها لافتقاره الى تكميل الثواب الا اذا خاف فوت الوقت فانه بسبيل من تركها قوله ومن انتهى الى
الامام اى ادركه في ركوعه فكبر يعني تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهى وهو قائم فكبر
ولم يركع معه حتى رفع الامام رأسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى
الى القومة بعد الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم
يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع او لم يكن وهو مسئلة الكتاب لا يصير مدركا لها عندنا العلماء

خلافا لزفر

خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا ادرك الامام فيما
له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام حقيقة لان القائم يفارق القاعد في انتصاب النصف
الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه يأتي بتكبيرات العيد التي يؤتى بها في حقيقة القيام
وهذا الدليل انما يتم اذا ثبت ان ادراكه فيما له حكم القيام كادراكه في حقيقة القيام وهو ممنوع
ولنا ما تقدم ان الاقتداء شركة في افعال الصلاة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع
وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر ههنا بحديث ابن عمر اذا ادركت الامام راكعا فركعت
قبل ان يرفع رأسه فقد ادركت تلك الركعة فان رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة
ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز فعل ذلك ولا تفسد به صلاته وان لم يعد
الركوع وقال زفر لا يجزئه اى الصلاة ان لم يعد الركوع لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به
لكونه منهيا عنه قال عليه السلام انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فكذا ما ينبني
عليه لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما اذا رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد وقد وجد فيجعل مبتدئا لا بانيا عليه فصار كحال الطرف
الاول وهو ان يركع معه ويرفع رأسه قبل الامام وهذا لان للركوع طرفين والشركة في احدهما
كافية بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم توجد المشاركة في
شئ من الطرفين والله تعالى اعلم **باب قضاء الفوائت** لما فرغ من بيان احكام
الاداء وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضاء وهو الخلف عنه ومن فاتته
صلاة او فوتها عامدا وجب عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل
ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا وقال الشافعي هو مستحب ولا يجب عليه
تقديم الفائتة على الوقتية لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره لان الشرط تبع فكان
بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان فانه اصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات
والصوم فانه فرض مستقل وهو شرط الاعتكاف الواجب بالاتفاق واجيب بان الاصل
ان الشئ اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل
على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا وما ذكرتم من ذلك فان الله تعالى
قال فمن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فان الايمان شرط وقال صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف
الا بالصوم فكانا شرطين بهذين النصين وتدفع المنافاة باختلاف الجهة فقلنا ومن
ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر من نام عن صلاة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل
التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة
حيث امر باعادة ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من اوجه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل
على وجوب القضاء على النائم والناسي لا غير والوجوب ثابت على من فوت الصلاة عمدا ايضا
بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في افادة الفرضية لا يقال يدل على ذلك بدلالة
لانه لما وجب على المعذور فعلى غير المعذور اولى لان ذلك انما يستقيم ان لو كان قضاء الفائتة عقوبة

وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره وهو العاصي الثاني
انه خبر واحد لا يعارض المشهور فان الجواز يثبت به كما تاتيك الشمس مثلا فلو كان الترتيب فرضا
بما رويتم بطل ما ثبت بالمشهور الثالث انكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبر واحد
فكان تناقضا الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرائط الصلاة
لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضاء الصلاة رحمة والنبي
صلى الله عليه وسلم موصوف بالرأفة بالمؤمنين ومن رأفته ان يجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه
بطريق الاولى وعن الثاني بانا ما ابطلنا به العمل بالمشهور بل اخرناه عملا بالحديثين احتياطا وكان
ذلك اهون من اهمال العمل بخبر الواحد اصلا على انهم قالوا ليس بخبر واحد بل هو مشهور تلقته الامة
بالقبول فانهم اجمعوا على وجوب القضاء الثابت به وعن الثالث بان العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم
فساد الصلاة بتركها يوجب نسخ قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن وذلك لا يجوز كما تقدم
بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان قوله تعالى اقم الصلاة لدلوك
الشمس يدل على ان هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لتقديم الفائتة عليه لا بنفي ولا اثبات وخبر
الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان ليس بوقت للفائتة لان
وقتها وقت التذكر وهو ناس واما ضيق الوقت فلم يكن متناول الحديث لان جعل قضاء
الفائتة شرطا لاداء الوقتية انما هو لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم
يكن شرطا عند ضيق الوقت واما كثرة الفوائت فانها في معنى ضيق الوقت لان الاشتغال بها
مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرنا قوله ولو خاف
فوت الوقتية يقدم الوقتية وقوله ولو قدم الفائتة جاز اي جاز فعله هذا وهو تقديم الفائتة لان
النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها اراد النهي الذي يستفاد من الامر واوضح هذا المعنى في المبسوط
فقال لو بدأ بالفائتة اجزأه بخلاف الاول فان هناك هو مامور بالبداية بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت
لم يجزه لان النهي عن البداية بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها الا ترى ان له ان يبدأ بالتطوع
لانعدام الموجب للنهي فمنع الجواز لهذا وهنا النهي عن البداية بالفائتة ليس لمعنى في عينها
بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا ترى انه ينهى عن الاشتغال بالتطوع ايضا لوجود ذلك المعنى
الموجب للنهي والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه قال رحمه الله
ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء هذه المسألة لبيان ان الترتيب كما انه فرض بين الوقتية والفائتة
فكذلك بين الفوائت نفسها فاذا فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي صلى الله
عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق اي يوم حفره فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني
اصلي امر بالتشبه مطلقا والكامل منه ما يقع على كميته وكيفيته فدل ان الاداء بصفة الترتيب شرط وانما
لم يقل كما صليت لتيسر وقوله الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات استثناء من قوله رتبها في القضاء
ومعناه الا ان تصير الفوائت ستا واختلف الشارحون في تاويل الكلام لان ظاهره لا يفيد هذا المعنى
لاستدعائه ان تكون الفوائت تسعا لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه والمزيد عليه

ست

ست فيصير المجموع تسعة فقال صاحب النهاية المراد من الصلوات اوقاتها فان فوت الصلاة
السابعة ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان تزيد الفوائت على ست اوقات عادا وذلك انما
يكون بفوت السابعة وليس بمراد وقيل اراد اوقات الفوائت بحذف المضاف ورد بانه يستدعي
زيادة الاوقات على ست صلوات وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل اراد
بالفوائت الاوقات ومعناه الا ان تزيد الاوقات على ست صلوات ورد بانه يشمله ما تقدم
عليه من الوجهين وهو ان الزيادة لا بد وان تكون من جنس المزيد عليه وذلك معدوم فهذه
التاويلات كلها كما ترى والحق ان يقدر مضافان وتقديره الا ان تزيد اوقات الفوائت على اوقات
ست صلوات بحسب دخول الاوقات دون خروجها وانما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة
الفوائت لان الكثرة لما افادت سقوطه في غيرها فلان تفيده في نفسها اولى وقيل لعدم القائل
بالفصل وقوله وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا الا ان قوله لان الكثرة بالدخول في حد التكرار فيه كلام
وهو ان الكثرة امر اضافي فجاز اطلاقها على ما هو ازيد مما دونه في وصف الدخول في حد التكرار وعسى
ان يقال اصل ذلك القضاء بالاغماء وقد ثبت ان عليا اغمي عليه اقل من يوم وليلة فقضى الصلوات وعمار
ابن ياسر اغمي عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل
على ان التكرار معتبر وقوله ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة صورته رجل ترك صلاة شهر
سفها ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل باداء الصلاة في مواقيتها فقبل ان يقضي تلك الفوائت
ترك صلوات دون الشهر وصلى صلاة اخرى وهو ذاكر هذه المتروكة الحديثة قال بعض [illegible]
من مشايخنا تجوز هذه الصلاة لكثرة الفوائت والاشتغال بالحديثة ليس باولى من الاشتغال
بتلك والاشتغال بالكل تفويت الوقتية عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوى وقال بعضهم
لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون وان لا تصير المعصية وسيلة الى التيسير
والتخفيف وقوله ولو قضى بعض الفوائت صورته ان يترك الرجل صلاة شهر ثم يقضيها الا
صلاة او صلاتين ثم يصلي صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية ام لا عن محمد
فيه روايتان ومال الى عدم الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره بعض المشايخ والمصنف ومال
الى الجواز ابو حفص الكبير واختاره من المشايخ فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب المحيط وقاضي خان
وغيرهم كصاحب المغني قال في النهاية وعليه الفتوى ووجهه ان الترتيب قد سقط بكثرة
الفوائت والساقط لا يعود كماء نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد الى القلة
لا يصير نجسا قال المصنف عن الاول وهو الاظهر يعني دراية ورواية اما دراية فلان علة
السقوط الكثرة المفضية الى الحرج ولم يبق بالعود الى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته كما في
حق الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود واما رواية فلما
روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة
فالفوائت جائزة على كل حال يعني سواء قدمها على الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة
ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة لانه متى ادى صلاة من الوقتيات صارت هي سابعة المتروكات

الاداء لما قضيت وكذا بعدها عادت المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يجوز الحاجات وان
اخرها اي باخر الوقتيات عن الفوايت فكذلك اي لا يجوز الوقتيات الا العشاء الاخيرة فانها جائزة
اما فساد ما وراء العشاء الاخيرة من الوقتيات فلانه كلما صلى فايتة عادت الفوايت اربعا فتفسد
الوقتية ضرورة واما جواز العشاء الاخيرة فلما ذكره انه لا فايتة عليه في ظنه حال ادائها والظن
متى لاقى فصلا مجتهدا فيه وقع معتبرا وان كان خطاء والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان ظنه
موافقا لرايه وصار كما اذا عفا احد من له القصاص وظن صاحبه ان عفو صاحبه غير مؤثر في حقه
فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه ومعلوم ان هذا قتل بغير حق لكن لما كان متأولا ومجتهدا في
ذلك صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص كذا في المبسوط ونوقض بما اذا صلى الظهر على غير
وضوء ناسيا ثم صلى العصر بوضوء ذاكرا للظهر وهو يحسب انه يجزيه فعليه ان يعيدهما جميعا
وعلى قياس ما ذكر هاهنا انه لا فايتة عليه في ظنه حال ادائها كان ينبغي ان لا يجب عليه قضاء العصر
ثانيا لما انه لما قضى الظهر قد وقع في ظنه انه قضى جميع ما عليه ولم يبق شيء من الفايتة غير واجب
على مذهب الشافعي فكان ظنه هاهنا ايضا موافقا لمذهبه كما ذكرتم واجيب بان فساد الصلاة بترك
الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر اثره فيما يؤدى بعده واما فسادها بسبب ترك الترتيب
فضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى صلاة اخرى وقوله ومن صلى العصر مسئلة الترتيب ولكن
ذكرها تمهيدا للاختلاف المذكور بعدها وفي ضيق الوقت كلام لم نتكلم به فيما مضى فلنتكلم به هاهنا
وهو ان الاعتبار في ضيق الوقت لاصل الوقت او للوقت المستحب حكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني
ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار باصل الوقت وعند محمد بالوقت المستحب وعلى هذا فما خرج
من المسئلة ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه
اداء الصلاتين قبل غروب الشمس سقط الترتيب وعليه اداء العصر وان امكنه اداء الظهر قبل
تغيرها ويقع العصر كله او بعضه بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافا لمحمد لان معنى
الكراهة يسقط الترتيب كخوف فوات اصل الوقت وان لم يمكنه اداء الظهر قبل تغيرها سقط الترتيب
لان اداء الشيء من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك الوقت وقت عصر اليوم ليس
الا وقوله واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلاة يعني تنقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد تبطل والفايدة تظهر ايضا فيما اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلاة فانه تنتقض
طهارته عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت للفرضية وهو واضح وكل ما عقد لاجله التحريمة اذا بطل
بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله واذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان التحريمة عقدت
لاصل الصلاة موصوفا بوصف الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل وفيه
بحث من وجهين الاول ان الوصف يجوز ان يكون محصلا للاصل فكان كالفصل المنوع فبطل
الاصل ببطلانه والثاني ان وصف الفرضية اما ان يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لاجله او لا
لا سبيل الى الثاني لان وقت الصلاة ظرف فلا بد من التمييز بوصف يحصل به تعيين ما احرم
له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الاحرام بدون التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الاول

وكان

وكان جزءا والكل ينتفي بانتفاء جزئه والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون محصلا
لان المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بان للوصف مدخلا لما
انعقدت له التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزءا بل من حيث تمييزه عن غيره مما يزاحمه في الوقت واذا
لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا فسد العصر فسادا موقوفا عند ابي حنيفة
حتى لو صلى ستة صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا فسادا باتا لا جواز له بحال
لان سقوط الترتيب حكم للكثرة وكل ما هو حكم لعلة يثبت فرعا عنها فسقوط الترتيب انما يكون فيما
يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة ان الكثرة علة لسقوط
الترتيب وقد حصلت فيثبت عليها السقوط وهي جاز ان تكون علة لما سبق من الصلوات
جاز ان تكون علة للكل واحد من احادها لا يقال كل واحد من احادها جزؤها متقدمة عليها
فكيف يكون معلولا لها لانها جزؤها من حيث الجواز وذلك متاخر لانه لم يكن ثابتا للكل واحد
منها قبل الكثرة وهذا استحسان وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلاة وفسادها بطريق
التبيين غير عزيز في الشرع الا ترى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان افاض الى المزدلفة
في وقت العشاء ينقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة فان لم يفض اليها بل
توجه من طريق اخر الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل
فراغ الامام انقلبت الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا انقطع دمها دون
عادتها وصلت ثم عاودها الدم تبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة
قوله وقد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلاة وقوله ولو صلى الفجر وهو ذاكر ظاهر
وقوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض
لا غير وقوله وعلى هذا اي وعلى هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما وقوله تفسده
يعني العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا بنسيان
فرض اخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لان دخول وقته بعد اداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد
فكان مصليا قبل وقته والله تعالى اعلم بالصواب

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر
الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا لنقصان يقع فيهما وهذه الاضافة اضافة الحكم الى
السبب وهي الاصل في الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص
المسبب بالسبب قوله يجب للسهو ظاهر وقوله فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله
اعترض عليه بوجهين احدهما ان في المعارضة بين الحجتين المصير الى ما بعدهما وهاهنا صير الى
ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير
جائز واجيب عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يكن حجة فوقهما واما اذا كان فقد يصار اليه
وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى لزم ذلك
وانما جعلناه حجة بعد تعارض الفعلين وتهاترهما وقال مالك اهمال الفعلين جميعا لا يكاد
يصح فيعمل بما رواه الشافعي على ما اذا كان السهو بالنقصان وبما روى اصحابنا على ما اذا كان السهو

بالنقصان بالزيادة وهو مجروح بالقول فانه لا ينفصل روى ثوبان ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام وقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر دليل معقول على اولوية التاخير وبيانه ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتاخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا انه تاخر لضرورة ان لا يتكرر لانه اذا سجد في زمان سهوه وامكن ان يسهو بعده فان سهى فاما ان يسجد ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لازم لا جابر له وان سجد تكرر السجدة وهو غير مشروع بالاجماع فيلزم التاخير وهذا المعنى الذي اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزم السجدة لتاخير السلام فتوخر عنه لينجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبينهم في الاولوية واما لو اتى بها قبل التسليم جاز عندنا ايضا في رواية الاصول وروى انه لا يجزيه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انا لو لم نجزه لالزمنا بالاعادة وتكرر السجود ولم يقل به احد فلان يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء اولى من ان يكون على وجه لم يقل به احد منهم وقوله هو الصحيح احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه عند فخر الاسلام لان الحرمة لمعنى التحية لان التحليل يحصل بالسلام حكى التحية للقوم والتحليل والاول ليس بمراد في هذا السلام لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا ينحرف ووجه الصحيح ما قال المصنف مرفوعا السلام المذكور يعني في الحديث المذكور الى ما هو المعهود في الصلاة ونسب صدر الاسلام قايل التسليمة الواحدة الى البدعة وقوله ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انهما في قعدة الصلوات او في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بهما فيهما لان كل قعدة في آخرها سلام ففيها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلاة ومنهم من قال في المسئلة اختلاف بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخيرة بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متقرر فلو كان هذه المسئلة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما قال رحمه الله ويلزمه السهو هذا لبيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك اي زيادة ونقصان يوجبه ففسرهما هنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما اذا اتى بركوعين او بثلاث سجدات وهذا اي قوله يلزمه السهو يدل على ان سجدة السهو واجبة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من اصحابنا انه سنة وقوله لانها تجب ظاهر وقوله وانما وجب بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تاخيره فان للقايل ان يقول تجب بالزيادة ايضا ولا ترك هنا ولا تاخير فقال الزيادة لا تعرى عن تاخير ركن او ترك فعله مسنونا بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع

الصلاة كالتشهد في القعدة الاولى وقوله او ترك فاتحة الكتاب لبيان انها كما تجب بترك الافعال تجب لترك الاذكار اعلم ان سجدة السهو عرفت بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نقل عنه ذلك الا في الافعال فكان القياس ان لا يجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها لانها شرعت جبرا للنقصان وثبت النقصان بتركها ايضا فلا بد من الجبر بالسجدة وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت في الوتر او التشهد في القعدة الاولى او الثانية او تكبيرات العيد تجب السجدة لانها واجبات لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك وهي من امارات الوجوب وقد ذكرنا انها تجب لترك واجب ولانها تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات صلاة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فدل على انها من خصايص الصلاة لان الاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان اختصاص الشي بالشي يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود والخصايص جمع خصيصة بمعنى الخاص كالشريكة بمعنى الشاركة وقوله وكل ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما واجب وفيها سجدة واعترض بان احلاق الوجوب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلاة بتركها واجيب بان المراد بتركها تاخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التاخير نوع ترك وتاخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه يتمشى بان يكون المراد بالواجب الفرض والواجب وبالترك التاخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن ابي حنيفة انه قال تجوز صلاته اذا رفع راسه من السجدة اي تتم صلاته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة بحسب الكيفية اي عدم تاخيرها واجب فاذا اخرها فقد ترك هذا الواجب وفيه تحمل كما ترى وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحة ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك وقوله لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما يجهر بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم القراءة لكونها اقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما قامت مقامها وجب ان تكون فرضا لكن لا بد من انحطاط رتبة الفرع عن مرتبة الاصل وكان واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقراءة عن لغو الكفار ولغطهم وصيانتها عن ذلك واجبة وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا فان قيل روى ابو قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمعنا الاية والايتين في الظهر والعصر فدل على ان الاخفاء لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي اجيب بانه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك لبيان ان القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا تجب السجدة اذا تعمد ذلك وقوله واختلفت الروايات في المقدار اي في مقدار ما يوجب جهره واخفاؤه السجدة ففي ظاهر الرواية القليل والكثير في الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الائمة الحلواني وقاضيخان وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جهر باكثر الفاتحة سجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز فاعتبر اكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر مقدار ما تجوز به الصلاة تجب والا فلا وقال الحسن رحمه الله والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين اختيارا لهذه الرواية ووجهه ما ذكره

في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو في حق الامام دون المنفرد لان
الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص الجماعة قيل اما ان وجوب الجهر من خصائص الجماعة
فمسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع
لان المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب عليه السهو بتركها واجيب بان ذلك وجه رواية النوادر
روى ابو مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا
واما على ظاهر الرواية فلا نسلم ان المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج
الى ذلك في صلاة تؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه

قال رحمه الله وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود اي سهى الامام وجب السجود
على المؤتم وجوبه على الامام لان السبب الموجب للسجود في حق الاصل وهو الامام تقرر فحق المأموم
ايضا بالتزام المتابعة فان الصحة والفساد والاقامة لما تعدت من صلاة الامام الى صلاتهم حتى
لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلاة صارت صلاتهم اربعا بالتزام المتابعة فكذلك النقصان
وما يجبره فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا
وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد المتنافيين انتفى الاخر واعترض على التعليل
المذكور في الكتاب بان المخالفة تجوز وقوعها من المؤتم كما اذا لم يرفع الامام يديه عند الافتتاح
فان القوم ترفع واذا لم يثن الامام فالمأموم يثني واذا ترك الامام تكبير الركوع وتسبيحه وتسميعه
وتكبير الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبان
المخالفة بعد فراغ الامام ليست بنادرة الا يرى ان المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام
والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى
الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها تثبت على المقتدي ابتداء كما تثبت على الامام وعن الثاني بان
هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض فلا يتعدى الى ما ليس كذلك لانه ليس في معناه وان سهى
المؤتم لا يجب على الامام السجود لان صلاته ليست بمبنية على صلاة المأموم فسادا ولا نقصانا فلا
يجب نقصان صلاته بنقصان صلاة المأموم واذا لم يجب على الامام لم يجب على المأموم لانه لو وجب فاما
ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد معه امامه وفيه
قلب الموضوع فان قلت اما ذكرت آنفا ان المخالفة انما تجوز فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى
الى المؤتم وههنا ليس كذلك بل المخالفة ان كانت كانت لامر باشره المؤتم فينبغي ان تجوز فالجواب
انا قلنا ان المخالفة فيما لزم بشيء باشره الامام لم تجز ولم نقل ان فيما باشره بنفسه جازت المخالفة
والذي يحسم هذه المادة ان المخالفة ان كانت لاتمام الفرض بعد فراغ الامام جازت بالنص لقوله
صلى الله عليه وسلم وما فاتكم فاقضوا وقوله صلى الله عليه وسلم اتموا صلاتكم فانا قوم سفر وان كانت
لغيره فان كانت فيما يثبت ابتداء كالمسائل التسع المتقدمة جازت لانها كلا مخالفة حيث لم
يتعلق بالاقتداء وان كانت فيما لزم بما باشره احدهما كالتي نحن فيها لم يجز لادائها الى قطع الشركة
المنافي لوضع الامامة قال رحمه الله ومن سهى عن القعدة الاولى اي ومن سهى عن القعدة

الاولى

الاولى في الفرائض الرباعية والثلاثية ثم تذكر فلا يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم يرفع
ركبتيه او الى القيام بان رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ
حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل
يسجد لانه اخر واجبا بقدر ما اشتغل بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على ان ما قرب من الشيء
يأخذ حكمه فصار كانه لم يقم وان كان الثاني لم يعد لانه كالقيام معنى لما ذكرنا من الاصل ولو قام
ما جاز له العود لئلا يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم
سجدة التلاوة فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة كانوا يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو
لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قام الى الثالثة قبل ان يقعد فسبحوا له
فعاد وروي انه لم يعد وسبح لهم فقاموا ووجه التوفيق انه عاد حين لم يتم قائما ولم يعد بعد
ما تم قائما وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة
في الثنائية فلا يخلو من ان يكون بعد ما قعد على الرابعة اولا فان لم يكن فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة
بالسجدة اولا فان كان الثاني رجع الى القعدة لان اصلاح الصلاة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب
عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا انه ممكن لان ما دون الركعة محل الرفض لكونه ليس بصلاة
ولا له حكمها ولهذا اذا حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة والغى الخامسة لانه رجع الى الشيء محله
قبله اي قبل ما فعل وهو الخامسة وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح وكل من رجع من فعل من افعال
الصلاة الى الشيء محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة
الصلاتية او التلاوة فسجدها ارتفضت القعدة لما ان محلها قبل القعدة الاخيرة ويسجد للسهو
لانه اخر واجبا وهو اصابة لفظة السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعدة الاخيرة وان كان الاول
بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه قعد
في الرابعة ولانه اعاد صلاته ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما
هو صلاة اذ هي حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لانه حكم الشرع بوجودها واوجب الحنث
على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة خرج عن
الفرض لمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الاخر ضرورة ولقائل ان يقول
لا نسلم انه بوجود الركعة الواحدة بعد اربع من المكتوبة استحكم الشروع في النفل لم لا يمنع ما سبق
من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمناه ولكن ما سبق من ركعات الفرض ان لم يكن اشد استحكاما لكونه
كثيرا وفرضا فلا اقل من المساواة وحينئذ لا يكون بطلان الفرض اولى من بطلان النفل والجواب عن
الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا
لما تحقق وعن الثاني بان المراد ببطلان الفرض بطلان وصف الفرضية ولا شك ان بطلان وصف
الفرضية وتحويله نفلا اولى من بطلان اصل الصلاة ووصفها وفي ابطال النفل ذلك فكان الاول
اولى وتاويل الحديث انه عليه السلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي صلى الظهر

خمسًا والظهر اسم لجميع اركان الصلاة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على ظن انها الثالثة
حملًا لفعله عليه السلام على ما هو اقرب الى الصواب وقوله على ما مرّ اشارة الى ما ذكره في باب قضاء
الفوائت من الاختلاف بينهم وقوله فيضمّ اليها ركعة سادسة يعني عندهما وهل يجب عليه
سجدة السهو لم يذكره واختلفوا فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا ينجبر بالسجدة
ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون والمظنون غير مضمون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند
ابي يوسف لانه سجود كامل لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعه لان تمام الشيء
باخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث فلم يتم السجود وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث
في هذا السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني
على صلاته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي يوسف لا يبني لان صلاته قد فسدت بوضع الجبهة ولا
بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول محمد لانه اوفق واقيس لان السجود لو تم قبل الرفع
وجعل دوامه كتكراره لم ينتقض الحدث يعني بالاتفاق ان الحدث ينقض كل ركن وجد فيه حتى لو توضأ
وبنى على صلاته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى
اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان قعد على الرابعة فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة
او لا فان كان الثاني فحكمه حكم ما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه
لان الباقي اصابة لفظة السلام وبتركها لا تفسد الصلاة لانها واجبة وقوله وانما يضم اليها ظاهر
ولم يذكر ان الضم واجب او مستحب او جائز ولفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فعليه ان يضيف وكلمة على
للايجاب وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انهما ينوبان عن سنة الظهر وجه الصحيح ان السنة عبارة
عن طريقة النبي صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتدأة قصدًا وقوله ويسجد للسهو
استحسانا يعني ان القياس ان لا يسجد لان هذا سهو وقع في الفرض وقد انتقل منه الى النفل ومن سهى
في صلاة لا يجب عليه ان يسجد في اخرى وجه الاستحسان ان النقصان قد تمكن في الفرض بالخروج منه لا على الوجه
المسنون وهو الخروج باصابة لفظة السلام وهذا مذهب محمد رحمه الله وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون
وهو الشروع فيه بتحريمة مبتدأة وهذا مذهب ابي يوسف وكل منهما يوجب السجدة وانما قدم قول محمد لانه
المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل من غير تسليم ولا تكبير عمدًا لم يعدّ ذلك نقصانًا في النفل
لانه اصل وجهي الشروع في النفل وانما هو نقص في الفرض ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعل
في حق وجوب سجدة السهو كانهما صلاة واحدة لمن تنفل بست ركعات بتسليمة واحدة وسهى في
الاولى انه يسجد للسهو في اخر الصلاة وان كان كل شفع منها صلاة على حدة لكون التحريمة واحدة ولو
قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون خلافًا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه يبتني عنده في نفل
لازم وان تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملتزم ثم تبين انه لم يكن عليه فسقط اصلًا
لئلا يلزم الالزام ما لم يلتزم ولو اقتدى به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى به في
الخامسة يأتي بعد الامام باربع ركعات وان اقتدى به في السادسة يأتي بعده بخمس ركعات يصلي
ركعة ثم يقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه

مادون بها الامام وقد ادى ستًا وعندهما لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه
غير هذا الشفع ولو افسد المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارًا بما اذا افسد الامام فان حال
المأموم لا يكون اقوى حالًا من الامام والا لزم زيادة الفرع على الاصل وعند ابي يوسف يقضي ركعتين
لان السقوط بعارض يخص الامام تقريره ان المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن
الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق المأموم لبناء صلاته على صلاة الامام وحينئذ يجب القضاء عليهما
جميعًا عملًا بالمقتضي الا انه سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا عن قصد التطوع
وما خص به لا يتعداه الى غيره وعلى هذا لا يلزم بناء القوي على الضعيف لان صلاة الامام ايضًا
بالنظر الى وجود المقتضي قوي وفرق ابو يوسف بين هذه وبين ما اذا لم يقعد على الرابعة بانه هناك
بطل فرضه فكان الاحرام في الابتداء منعقدًا للست ركعات فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب
تلك التحريمة واما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه
غير ركعتين والحاصل انه هناك صلاة واحدة فيلزم الجميع وههنا صلاتين فيلزم الاخير
قيل كان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي يوسف بدليل ما تقدم من قوله وعندهما ركعتين وبدليل ما ذكر في
الجامع الصغير لقاضي خان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لانه ذكر في النوادر الاختلاف في
على ما وقع في الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما متفقين في مسئلة
اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مسئلتان **قال** رحمه الله ومن صلى ركعتين تطوعًا
الاصل ان وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلاة غير مشروع ثم اما ان يكون الشفعان في صلاة
التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعًا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد
ان يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس بصواب ليس له ذلك لانه يبطل السجدة بلا ضرورة
لانه لما ادى صحة بدون ما يبني فلا ضرورة في البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب
والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على
ذلك ينبغي ان يعيد سجدتي السهو لانه لما بنى حصلتا السجدتان في وسط الصلاة فلا يعتد
بهما وكان عليه الاعادة وان كان الثاني كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة فله ذلك لانه لو لم
يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت صلاته وفي البناء نقض للواجب ونقض الواجب لدفع ما
فيتحمل دفعًا للاعلى وقوله ومن سلم وعليه سجدة السهو اصل هذه المسئلة واخواتها ان من سلم
من عليه سجدة السهو لا يخرج عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر لا خروجًا موقوفًا ولا باتًا
وعندهما يخرج خروجًا موقوفًا على معنى انه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا لهما
ان السجدة وجبت جبرًا لنقصان تمكن في المؤدى بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور
قائمًا وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلًا للغرض المطلوب ولهما ان السلام محلل في
نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة الى اداء السجدة ولا ضرورة اذا لم يعد
فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا يخرج تخصيص العلة كما ترى والمخلص معلوم
لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة اداء السجدة ينبغي ان لا يتعدى الى حصول الاقتداء لانه

في المجمع عليه فلا يكون مسموعًا إذا عرفت هذا الأصل تخرج عليه الفروع منها مسألة الكتاب فإن
عند محمد الاقتداء صحيح على سبيل البتات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة
بالقهقهة عنده تنتقض لبقاء التحريمة خلافًا لهما ومنها تغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة
عنده يتغير لكونها في حرمة الصلاة كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لأنها لم تكن في
حرمة الصلاة فإن قيل إذا كان الخروج موقوفًا كان خارجًا من وجه دون وجه وذلك يستدعي أن
يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده احتياطًا أجيب بأنه ليس معناه الخروج من وجه دون
وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود كما سنذكره وقوله ومن سلم يريد به قطع الصلاة
يعني في عزمه أن لا يسجد للسهو فعليه أن يسجد للسهو في مجلسه قبل أن يقوم أو يتكلم وفي رواية
قبل أن يتكلم أو يخرج من المسجد وهذه تفيد أن الإعراض عن القبلة في المسجد غير مانع عن السجود
وقوله لأن هذا السلام أي سلام من عليه السهو غير قاطع أي بالاتفاق أما عند محمد فلأنه لم يشرع
محللًا وأما عندهما فلأنه إذا كان محللًا فهو محلل على سبيل التوقف لا على سبيل البتات وكل
ما لم يشرع قاطعًا لا يقطع الصلاة فدل على أن القطع لا يحصل بالسلام فبقيت نيته وهي لا تصلح
للقطع أيضًا لأنه لما ثبت أن السلام غير قاطع شرعًا فجعله قاطعًا بالنية تغيير للمشروع وهو لا يتغير
بالقصد والعزم واعترض بوجهين أحدهما أن السلام وحده مخرج عن حرمة الصلاة عندهما فكيف
لا يكون مخرجًا مع نية القطع وهل هذا إلا تناقض فإن غاية ما في الباب أن لا تكون النية معتبرة
وأما السلام وحده فموجود فكأنهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني أن نية الإشراك
تغير أفضل المشروعات ومع ذلك إذا نواه غير الإيمان في الحال والجواب عن الأول أن سلام من عليه
السهو مخرج عن إحرام الصلاة لكن على عرضية العود إليه بالسجود من غير تفرقة بين أن ينوي
عدم العود أو لم ينو شيئًا فإنه لا معتبر للنية والمسألة الأولى كانت لبيان الإطلاق وهذه لبيان
التقييد ولا تناقض في ذلك وعن الثاني بأنا نقول إن الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع
وهو يريد أن يجعله قاطعًا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لأنه تغيير المشروع وليس من قصد من نوى
الإشراك أن يجعل الإيمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتأمله يغنيك
عما طول في الكتب قال رحمه الله ومن شك في صلاته ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو
إما أن يكون أول ما عرض له الشك أو لا فإن كان الأول استأنف الصلاة واختلفوا في معنى قوله أول
ما عرض له قال صاحب الأجناس معناه أول ما سها في عمره وقال شمس الأئمة السرخسي معناه أن السهو
ليس بعادة له لا أنه لم يسه قط وقال فخر الإسلام أي في هذه الصلاة وهما قريبان وإن كان الثاني
وهو أن يعرض له الشك كثيرًا فلا يخلو إما أن يكون له رأي أو لا فإن كان بنى عليه وإن لم يكن بنى على الأقل
وهذا لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة
وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال من شك في صلاته فليتحر الصواب وروي أنه صلى الله عليه وسلم
قال من شك في صلاته فلم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا بنى على الأقل ومعلوم أن التوفيق لا بد منه بين الأدلة
مهما أمكن وقد أمكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الأول على الصورة

الأولى

الأولى لأن فيه الأمر بالاستقبال وذلك يناسب الصورة الأولى لعدم التكرار المفضي إلى الحرج
تكرارًا لاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لأن فيها الأمر بالتحري الذي هو طلب الأحرى والأحرى
هو ما يكون أكبر رأيه عليه وتعين الثالث للثالثة مقتضى الشك والأمر بالبناء على الأقل وقوله
والاستقبال بالسلام أولى يتعلق بأولى الصور يعني إذا استأنف فالاستئناف بالسلام أولى
لا بالكلام أو بمجرد النية لأنه أي السلام عرف محللًا دون الكلام ومجرد النية لغو ما لم تتصل بالعمل
القاطع وقوله وعند البناء على الأقل يتعلق بآخرها وبيان ذلك أن الشك إذا وقع في ذوات
الأربع أنها الأولى أو الثانية عمل بالتحري فإن لم يقع تحريه على شيء يبني على الأقل فيجعلها الأولى
ثم يقعد لجواز أنها ثانيتها والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لأنا جعلناها
في الحكم ثانية ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لجواز أنها رابعتها ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد
لأنا جعلناها في الحكم رابعة والقعدة فيها فرض وذوات الثلاث على هذا القياس وإن وقع الشك
بعد الفراغ من التشهد أو بعد السلام حمل على أنه أتم الصلاة حملًا لأمره على الصلاح وهو الخروج
منها على وجه التمام والله تعالى أعلم بالصواب

باب صلاة المريض

ذكر صلاة المريض
عقيب سجود السهو لأنهما من العوارض السماوية والأول أعم موقعًا لأنه يتناول صلاة المريض
والصحيح فكانت الحاجة إلى بيانه أمس فقدمه إذا عجز المريض بأن يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعدًا
يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين رضي الله عنه صل قائمًا فإن لم تستطع
فقاعدًا فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء وإن كان قادرًا على بعض القيام ولو قدر آية أو تكبيرة
دون تمامه قال أبو جعفر الهندواني يؤمر بأن يقوم مقدار ما يقدر فإذا عجز قعد وإن لم يفعل خفت
أن تفسد صلاته هذا هو المذهب ولا يروى عن أصحابنا خلافه لأن الطاقة فإن قدر على القيام
متكئًا قال شمس الأئمة الحلواني الصحيح أنه يصلي قائمًا متكئًا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر أن
يعتمد على عصا أو كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ
إيماء يعني قاعدًا لأنه وسع مثله وجعل سجوده أخفض من ركوعه لأنه أي الإيماء قائم مقامهما
الركوع والسجود فأخذ حكمهما ولا يرفع إلى وجهه شيئًا يسجد عليه لقوله عليه السلام إن قدرت
أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأوم برأسك فإن فعل ذلك فإما أن يخفض رأسه للركوع
والسجود أو لا فإن خفض جاز لوجود الإيماء وإلا فلا لعدمه فإن لم يستطع القعود استلقى
على ظهره ويجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الإيماء بالركوع
والسجود إذ حقيقة الاستلقاء تمنع الأصحاء عن الإيماء فكيف بالمرضى لقوله عليه السلام يصلي
المريض الحديث واختلف في معنى قوله عليه السلام فالله أحق بقبول العذر منه فمن لم يقل بسقوط
القضاء عنه عند عدم القدرة على الإيماء قال أحق بقبول عذره التأخير دون الإسقاط ومن
قال بسقوطه عند ذلك قال أحق بقبول عذره الإسقاط وهو الأصح وقوله لما روينا من قبل
أي من حديث عمران بن الحصين إلا أن الأولى أي الرواية الأولى والهيئة أو الفعلة الأولى هي الأولى
عندنا لأنه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر والحالة حالة عذر جاز بالعمل

بكل منهما الا ان ما ذكرنا اولى لان المعقول معنا فان اشارة المستلقي نحو هواء الكعبة بمنزلة
المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبناء نوع الاشارة الى هواء الكعبة تتأدى الصلاة فان
عجز عن الايماء برأسه أخرت عنه وقوله لما روينا من قبل اشارة الى قوله عليه السلام ان قدرت ان
على الارض فاسجدوا والا فاوم برأسك اقتصر على الرأس في موضع البيان ولو جاز غيره لبينه
وقوله ولا قياس على الرأس جواب عما يقال ليس هذا من باب نصب الابدال بالرأي بل بالقياس
على الرأس وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من يقول الصحيح انه يسقط عنه الصلاة اذا كان
العجز اكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضيخان وغيرهم قال في فتاوى
قاضيخان والاول اصح لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب قال رحمه الله وان قدر
على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود قال زفر والشافعي اذا قدر على القيام دون الركوع
والسجود لم يسقط عنه القيام لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ادراك ركن آخر ولنا ان
ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فانه بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان
لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود فان
الايماء قاعدا تصير رأسه اقرب الى الارض من الايماء قائما فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص
لان حديث عمران بن الحصين يدل على ان المصير الى القعود انما هو عند العجز عن القيام والفرض
خلافه ثم اجيب بانه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود حالة القيام بدليل انه ذكر
الايماء في حال ما يصلي على الجنب فدل على ان المراد بحالة القيام القدرة على الاركان قوله وان صلى
بعض صلاته قائما ظاهر وقوله بناء على اختلافهم في الاقتداء يعني ان كل فصل جوز الاقتداء
فيه جوز بناء آخر الصلاة على اولها ههنا وما لا فلا ثم عند محمد لا يقتدي القائم بالقاعد فكذا
لا يبني في حق نفسه وعندهما القائم يقتدي بالقاعد فكذا يبني في حق نفسه ونوقض بما اذا
افتتح الصحيح التطوع قاعدا وادى بعض صلاته قاعدا ثم بدا له ان يقوم فقام وصلى الباقي
قائما اجزأه بالاجماع وهذا الاصل المذكور يقتضي ان لا يجوز على قول محمد واجيب بان تحريمة
المريض لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلاة فلم يبن على ما انعقدت له
تحريمته واما تحريمة المتطوع فقد انعقدت للقيام ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونها
متناولة تحريمته وقوله استأنف عندهم جميعا يعني العلماء الثلاثة وقال زفر يبني خلافا على ما عرف
ان من اصله جواز اقتداء الراكع بالمومي وقوله ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا اي تعب لا بأس
بان يتوكأ اي يتكئ يعني ان من شرع في النفل ثم اتكأ فلا يخلو اما ان يكون بعذر او بغيره فان كان
بعذر كالاعياء لا بأس به وان كان بغير عذر فقد اختلف المشايخ فيه فقيل يكره لانه اساءة في
الادب الا يرى انه لم يخير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين القيام والقعود
وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكاء
الذي لا ينافيه بعض ولا يكره ويكره عندهما لان القعود لا يجوز عندهما فيكون الاتكاء الذي هو فوقه
جائزا مكروها وقوله وان قعد يعني بعدما افتتح قائما بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلاة عنده

وعندهما

وعندهما لا يجوز وفي كلامه تسامح لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق
واجاب الامام حميد الدين الضرير بان المراد من هذا انه لو صلى ركعة قائما ثم قعد في الثانية لغير
الاعياء ثم قام واتم الثانية قائما فان هذه الصلاة جائزة مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده
اذا كان لا لاعياء فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون مكروها وكذا ان ترك
ذكر الاعياء والمسألة بحالها كما قال بعض الشارحين على تقدير ان يثبت في النقل ان ذلك مكروه
بالاتفاق لا يصح اطلاق على ما لا يجوز فيه اول المسألة ولذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قبيل
هذا لو قعد يجوز عنده من غير عذر من غير ذكر كراهة وكذا يخالف اطلاق ما ذكره في باب النوافل
ويجوز ان يقال ذكر في مبسوط فخر الاسلام وجامع ابي المعين انه لو قعد في النفل لا يكره عنده
في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقاء اولى لان حكم البقاء اسهل
من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على ان ثم غير صحيح فالاطلاق ههنا وفي باب النوافل يكون
على الصحيح وقوله بالاتفاق يكره على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب قال
رحمه الله ومن صلى في السفينة قاعدا المصلي في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام او لا فان كان
عاجزا جاز ان يصلي قاعدا بالاتفاق فان لم يكن فاما ان تكون السفينة سارية او راسية لم تجز الصلاة
قاعدا بالاتفاق وان كانت سارية جازت عند ابي حنيفة رح والقيام افضل وقالا لا يجوز وهو
القياس لان القيام مقدور عليه والمقدور عليه لا يترك ولهو هو وجه الاستحسان ان الغالب
من حال راكب السفينة دوران الرأس عند القيام والغالب كالمتحقق الا يرى ان نوم المضطجع
جعل حدثا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شيء لزوال الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن
شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة سواء كان عند الافتتاح او
في خلال الصلاة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا قادر والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن
لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا آنفا انها اذا كانت راسية لم يجز القعود بالاتفاق
وهو المراد بقوله والمربوطة كالشط وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم بانها ايضا على الخلاف
والموثوقة باللجج في لجة البحر وهي تضطرب قيل يحتمل وجهين والاصح ان الريح ان كانت
تحركها تحريكا شديدا فهي كالسارية والا فهي كالراسية ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى
وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضاء اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كامل
وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه في
اربع صلوات فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه في ثلاثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه
ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد
على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار وقوله والجنون كالاغماء جواب عن قياس الاغماء على الجنون
على زعمه ان الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضاء ووجهه ان الجنون كالاغماء ان
كان اكثر من يوم وليلة سقط القضاء والا فلا كذا ذكره ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلاة
وقوله بخلاف النوم متعلق بقوله وان كان اكثر من ذلك لم يقض يعني ان النوم وان زاد على يوم

وليلة لا يسقط القضاء لان امتداده الى هذا الحد نادر ولا عبرة به فالحق المحتمل منه بالقاصر وقوله ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد تعتبر من حيث الصلوات ما لم تصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد هو المذكور في اصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام ومحل ان التكرار يتحقق به اي بجواز ست صلوات وهو المفضي الى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به وقوله هو المأثور عن علي وابن عمر اي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور والله تعالى اعلم

كان من حق هذا الباب ان يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلاة المريض بعارض سماوي كالسهو الحقتها المناسبة بها فشان سجدة التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الجواب ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كانت سببا للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ما ذكر في الكتاب اربع عشرة في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد والشافعي يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ان كنتم اياه تعبدون والمصنف احترز بقوله والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا وبقوله عند قوله لا يسأمون وبذكر ص عن مذهبه احتج الشافعي على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية هي سجدة الصلاة ويعضده قرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا وتاويل ما روي فضلت بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة واستدل الشافعي على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روي انه عليه الصلاة والسلام تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس اي تهيأوا للسجود فقال علام تشزنتم انها توبة نبي وقد قال عليه السلام سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة ياتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه صلى الله عليه وسلم سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها والذي نقل انه لم يسجد في خطبته فذلك كان تعليما لجواز تاخيرها وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رايت فيما يرى النائم كاني اكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجدت الدواة والقلم فقال عليه السلام نحن احق بها من الدواة والقلم فامر حتى تليت في مجلسه وسجدها

مع اصحابه

مع اصحابه وقوله وهو الماخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الاية الثانية لم يضر تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تاخيرها الى الاية الثانية فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين قال رحمه الله والسجدة واجبة هذا بيان صفتها ذهب الشافعي الى ان السجدة في هذه المواضع سنة لما روي ان زيد بن ثابت قرا سورة النجم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد لها ولا سجد لها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على انها لم تكن واجبة وقلنا هي واجبة على التالي والسامع قصد سماع القراءة او لم يقصد وانما قيد بهذا لان في بعض الفاظ الاثار السجدة على من جلس لها وفيه ايهام ان من لم يجلس لها فليست عليه فقيد بذلك دفعا لذلك والدليل على وجوبها قوله صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وعلى كلمة ايجاب وهو اي الحديث غير مقيد بالقصد واعترض بانها لو كانت واجبة لما اديت في سجدة الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما اديت بالايماء من راكب يقدر على النزول واجيب بان اداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة يتادى بالسعي الى التجارة واما جواز التداخل لان المقصود منها اظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز ادائها بالايماء حين قراها راكبا لانه اداها كما وجبت فان تلاوته على الدابة شروع فيما تجب به السجدة فكان كالشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد ان الاحتجاج به انما يتم اذا ثبت انه صلى الله عليه وسلم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فاما لم نقل بوجوبها على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت آخر واعلم ان صاحب النهاية قال جعل هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث في سائر النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من الفاظ الصحابة لا من الحديث واقول لم يكن المصنف ممن لم يطالع الكتب المذكورة فلولا انه ثبت عنده كونه حديثا لما نقله حديثا فانه رحمه الله اعظم ديانة من ان يتوهم به ذلك قوله وان تلا الامام السجدة ظاهر وقوله لان السبب قد تقرر ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه يتحقق لا محالة بخلاف حالة الصلاة فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة ان سجد التالي اولا وتابعه الامام لانقلاب المتبوع تابعا والتابع متبوعا او التلاوة ان سجد الامام اولا وتابعه التالي فان التالي امام السامع فيجب ان يتقدم سجود التالي قال عليه السلام للتالي كنت امامنا لو سجدت سجدنا فان قيل هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز ان يسجد التالي دون الامام او بالعكس فالجواب ان في ذلك مخالفة للامام وهي مفسدة فلم يذكرها لكون ذلك مفروغا عنه في عدم الجواز وقوله ان المقتدي محجور عن القراءة لان المحجور هو الممنوع عن التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة امامه قال عليه الصلاة والسلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت وقوله بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن القراءة كالحائض والجنب والسجدة تجب على من سمعها فكذا على من سمع المقتدي ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرفات المنهي عنها تستعقب حكمها لما

عُرف من اصلنا ان النهي عن الافعال الشرعية لا يُعدم المشروعية فان اختلج في ذهنك ان القراءة فعل
حسيّ فالنهي عنه يُعدم المشروعية فعليك بتقريرنا في تقريرنا تجده لم نسبق اليه فان قيل لو كان ذلك كذلك
لوجب على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجاب بما معناه انها لم تجب عليها لانعدام اهليتها
للصلاة وذلك لان السجدة ركن من الصلاة والحائض لا تلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا تلزمها
السجدة ايضا بخلاف الجنب فان الصلاة تلزمه فكذلك السجدة وقوله ولو سمعها رجل خارج الصلاة
سجدها يعني بالاتفاق وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما
ويسجد عند محمد وجه الصحيح ما ذكر ان الحجر ثبت في حقهم لان علة الحجر هو الاقتداء وهو مختص بهما
فلا يتعدّاهما وردّ بان المقتدي اما ان يكون محجورا اولا والاول يستلزم شمول العدم والثاني
شمول الوجوب والجواب انه محجور بالنسبة الى من وُجد فيه علة الحجر وغير محجور بالنسبة
الى من لم يوجد وهو الخارج وان سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدها
في الصلاة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة لان افعال
الصلاة اما ان يكون فرضا او واجبا او سنة وهذا السماع ليس بشيء من ذلك وما ليس من
افعال الصلاة لا يجوز ان يؤتى به فيها لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن
ليس بمحجور ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم ولم تفسد صلاتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز
فلانه اي لان هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن ادخال ما ليس من افعال الصلاة فيها
فلا يتادى به الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فان ما وجب كاملا لا يتادى
ناقصا ورُدّ بانا لا نسلم انها وجبت كاملة لانها وجبت في وقت كان خلط غير افعال الصلاة
بافعالها حراما فكانت كالعصر وقت الاصفرار وجبت ناقصة والجواب ان الوقت لو كان سببا
لها لكان الامر كما ذكرت لكنه ليس كذلك بل سببه ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت واعادوها لتقرر
سببها وهو ما ذكرنا واما عدم فساد الصلاة فلان الفساد انما يكون بتركها او باتيان ما ينقضها
ولم يتركوها وما اتوا بما ينقضها لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة لانها في ذاتها من افعال
الصلاة وذكر في النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل ما ذكر في النوادر قول محمد
وهو جواب القياس وما ذكر ههنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على ان زيادة ما دون الركعة
لا يفسدها عندهما وعلى قوله زيادة السجدة تفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في
سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة ولهذا احكم بان سجدة الشكر
مسنونة فيفسد بشروعه في واجب قبل اكمال فرضه وعند ابي حنيفة واحد الروايتين عن
ابي يوسف انها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركنا من اركان الصلاة
غير مستقلة عبادة فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه بعدما
ان دخل بعدما سجدها الامام او قبله فان كان الاول لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا
للسجدة فينبغي ان يسجدها خارج الصلاة لانه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولا لما
تعلق بها من السجدة وقال الامام العتابي واشار في بعض النسخ الى انها تسقط عنه لانها

وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا ادرك الامام في ركوع صلاة العيد فان عليه ان يأتي
بالتكبيرات ولم يصر مدركا لها بادراك الركعة في الركوع واجيب بان الادراك الحقيقي ممكن لان
ما هو من جنسها وهو تكبير الركوع يؤتى بحالة الركوع فالتحق به تكبيرات العيد واذا كان الادراك
الحقيقي ممكنا لا يُصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة فانه ليس من جنسها ما يؤتى به
في حالة الركوع لتكون حقيقة الادراك ممكنة فنصير الى الحكمي وان كان الثاني سجدها معه
لانه لو لم يسمعها بان اخفاها الامام سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق
السبب وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه او السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف ذلك بحث
قيل ينبغي ان لا يسجدها لان الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلاة
فكانت السجدة صلاتية فلا تقضى خارجها واجيب بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا
في حق السامع وجبت السجدة احتياطا لانا ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان
نظرنا الى السماع تلزمه خارج الصلاة فاوجبناها خارجها احتياطا وقوله وكل سجدة وجبت
في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة ضابط كلي ينسحب على الفروع الداخلة
تحته وردّ ما ذكره بقوله لانها صلاتية ومعنى الصلاتية ان تكون التلاوة الموجبة لها من
افعال الصلاة ولها مزية الصلاة فكان وجوبها كاملا وما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وفيه
بحث من اوجه الاول ما قيل الكلي منتقض بما اذا سمعوا وهم في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة
فانها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها
فيها غير منصوص لانها تؤدى بسجدة الصلاة وان لم ينو والثالث ما قيل ان التأنيث يعرف في
النسب فالصواب صلوية واجيب عن الاول بان تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة في
الصلاة وفيه نظر لان قوله وجبت في الصلاة اما ان يكون صفة موضحة او مانعة لما يمنع عنها لان
كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة او صفة كاشفة وعاد السؤال او غيرهما من التاكيد
والمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالصواب ان يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت
في الصلاة اي ثبتت وعن الثاني بان سجدة التلاوة انما تتادى بسجدة الصلاة اذا قرأ آية
السجدة وسجد اما اذا لم يسجد على الفور حتى قرأ مقدار ثلاث آيات وركع او سجد للصلاة
ينوي بها سجدة التلاوة فلم يجز لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها فلا تتادى في ضمن
الغير وردّ بان وقتها موسّع فمتى سجد كان اداء لا قضاء واجيب بان ذلك عند محمد وفي
رواية عن ابي حنيفة وعند ابي يوسف وفي رواية عن ابي حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي
فيجوز ان يكون المصنف اختار ذلك وعن الثالث بانه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير
من صواب نادر قال رحمه الله ومن تلا سجدة فلم يسجدها هذا بيان التداخل
في سجدة التلاوة اي ومن تلا آية سجدة خارج الصلاة ولم يسجدها حتى دخل في الصلاة فاعادها
اي تلاوة تلك الآية ولم يتبدل مجلس الصلاة عن مجلس التلاوة وسجد في الصلاة اجزأته
السجدة التي سجدها عن التلاوتين لان الثانية لكونها صلاتية اقوى فاستتبعت الاولى في

و في النوادر يسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الصلاتية ان كانت اقوى فللاولى
ايضا قوة السبق فاستويا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع ووجه ظاهر الرواية ان للثانية
بعد التساوي قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود اي اتصال التلاوة بما هو المقصود اي
الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت وعورض بان الحاق الاولى بالثانية خلاف
موضوع اللغة لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يكون ملحقا باللاحق واجيب بان السابق
قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة قبل الفريضة وقوله وان تلاها يعني خارج الصلاة
فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها اي تلك الاية وجب عليه ان يسجد لها لان الثانية هي المستتبعة
لما قلنا انها لكونها صلاتية اقوى واذا كانت مستتبعة لا وجه لالحاقها اي السجدة المفعولة
بالاولى اي التلاوة الاولى لانها لو الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة
الثانية وذلك يؤدي الى سبق الحكم قبل السبب فتبين ان التداخل في هذه الصورة متعذر
فتجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية واياك ان ترد الضمير في الحاقها الى التلاوة الثانية كما
فعله بعض الشارحين واعترض على المصنف فانه فاسد فتامل وفيه بحث وهو ان الصلاتية
انما ترجحت في المسئلة الاولى باتصال المقصود وههنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود
ومع الثانية كونها صلاتية فقط فان نستتبعها ويمكن ان يجاب عنه بان المصير الى الاتصال
انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية اقوى من السبق فلا ليسا ولا السبق
الاولى اذا قهقه فيها انتقض الوضوء دون غيرها وبالنظر الى ذلك تم الدليل قال رحمه الله
ومن كرر تلاوة سجدة واحدة ذكر مسئلة وبين التداخل وقال والاصل ان مبنى السجدة على التداخل
يعني في الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في مجلس واحد او لم تكن
لان السجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر السبب وجه الاستحسان ما ذكره بقوله دفعا للحرج
وذلك ان المسلمين يحتاجون الى تعليم القرآن وتعلمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار
في السجدة مفض الى الحرج لا محالة والحرج مرفوع وقد صح ان جبريل صلوات الله عليه ينزل باية
السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكررها عليه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد مرة واحدة
تعليما لجواز التداخل دفعا للحرج ثم التداخل اما ان يكون في السبب او الحكم والاليق بالعبادات
الاول وبالعقوبات الثاني وذلك لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية
على تعددها فيلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدونها وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه
الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكم اذا
وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل في درئها فيجعل التداخل
في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه هو الموصوف بسبوغ العفو
وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا آية سجدة في مكان فسجد لها ثم تلاها فيه مرارا فانه يكفيه
تلك السجدة المفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكانت التلاوة التي بعد السجدة سببا
وحكم قد تقدم وذلك لا يجوز وقوله وامكان التداخل اي الامكان الشرعي بيان لدليل الجمع وهو اتحاد

المجلس لكونه جامعا للمتفرقات الا ترى الى شطري العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا
اختلف عاد الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين
الايات في مجلس كما جمع بين الاقرارات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب
عدم تلاوة الجميع في مجلس بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور ويتحقق في مجلس ثم
اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب منه بعيدا قال محمد ان كان مشى نحوا من عرض المسجد
وطوله فهو قريب وقيل ان مشى خطوتين او ثلاثا فهو قريب وان كان اكثر من ذلك
فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه مستحسن في الاتيان بالسجدة لان الخرور الوارد
في القرآن سقوط من القيام بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل
الاعراض فان من حزبه امر وهو قائم يقعد لكون القعود اجمع للرأي فاذا قامت دل على
الاعراض والخيار يبطل بالاعراض صريحا ودلالة وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وكلامه
واضح وقال صاحب النهاية وهذا اللفظ يعني قوله وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك
في الاصح وكذلك في الدياسة يدل على ان اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن الى غصن
وفي الدياسة لا في تسدية الثوب لانه قطعها بالجواب من غير تردد ثم شبه جواز الثاني
بذكر الاصح وليس بواضح لجواز ان يكون قوله في الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا وقوله
للاحتياط يجوز ان يكون وجها للاصح في الصور الثلاثة المذكورة ووجهه انه بالنظر الى اتحاد العمل
واتحاد اسم المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب وبالنظر الى حقيقة اختلاف المكان يتكرر
الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط وقوله ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل يعني به
قول فخر الاسلام ان مجلس التالي اذا تكرر دون السامع تكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف
الى السبب فكأنه اختار ان السبب هو التلاوة والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا
يعني ان السبب في حق السامع السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول الاسبيجابي وعليه الفتوى
ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلاة وفي
قوله اعتبارا بسجدة الصلاة اشارة الى ان التكبير فيها سنة كما في المشبه به وقوله ولم يرفع
يديه احتراز عن مذهب الشافعي فان صفتها عنده ان يرفع يديه ناويا ثم يكبر للسجود ولا يرفع
يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ماذا يقوله في السجود فقيل يقول فيها سبحان ربنا ان كان
وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة وان لم يذكر شيئا لم يضره لانها
لا تكون اقوى من سجدة الصلاة ولو لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هذه وقوله ولا تشهد عليه
ولا سلام نفي لقول بعض اصحاب الشافعي الذين لم ياخذوا بقوله وقالوا ان فيها تشهدا
وسلاما وقوله لان ذلك اي التشهد والسلام للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة
فان قيل لا نسلم انها معدومة لانه قال كبر والتكبير للتحريم بالنص اجيب بانه ليس كل تكبير
للتحريم الا ترى تكبير السجود فانه ليس للتحريم وهذه السجدة لما اشبهت سجدة الصلاة سن
فيها التكبير للمشابهة وقوله لانه يشبه الاستنكاف يعني ان الاستنكاف حرام لانه كفر فيكون شبهه

مكروهًا وقوله شفقة على السامعين قال في المحيط انه كان التالي وحده يقرأ كيف شاء من جهر
واخفاء وان كان معه جماعة قال مشايخنا ان كان القوم متاهبين للسجود ويقع في قلبه
انه لا يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأ جهرًا حتى يسجد القوم معه لان في هذا حثًا لهم على
الطاعة وان كانوا محدثين او وقع في قلبه انه يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأها في نفسه
ولا يجهر تحرزًا عن تأثيم المسلم وذلك مندوب اليه والله تعالى اعلم بالصواب

باب صلاة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا
كذلك ويؤخر عنها لانها عبادة دونه والسفر في اللغة قطع المسافة وليس يراد ههنا بل المراد
قطع خاص وهو ما تتغير به الاحكام فتقيده بذلك وذكر القصد وهو الارادة الحادثة المقارنة لما عزم
لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة ايام لا يصير مسافرًا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك
فكان المعتبر اجتماعهما في حق تغيير الاحكام فان قيل الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر حيث
لم يكن كذلك اجيب بان السفر فعل ومجرد القصد لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجرده كما يجيء
نظيره في كتاب الزكاة في العبد المشترى للخدمة ينوي ان يكون للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام التي
تتغير بالسفر هي قصر الصلاة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلاثة ايام وسقوط وجوب الجمعة
والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فان قيل فلما كان القصد لا بد منه للتغيير
فلماذا لم يجاوز بيوت المصر ولم يذكره اجيب بانه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكرتم من شرط تغييره
وسنذكره وقوله سير الابل بالنصب بدل عن قوله مسيرة ثلاثة ايام وقوله عم الرخصة الجنس
ومن ضرورة عموم التقدير معناه ان الالف واللام في قوله المسافر للجنس لعدم معهود فيكون
الرخصة وهي المسح عامًا بالنسبة الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم ان يكون التقدير بثلاثة
ايام ايضا عامًا بالنسبة الى ذلك والا لكان نقيضه صادقًا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة
ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع ان كانت الجملة خبرية معنى ايضا او عدم الامتثال ان
كانت طلبية وذلك لا يجوز واعترض بوجهين احدهما ان هذا انما يلزم ان لو كان ثلاثة ايام ظرفًا
ليمسح ولم لا يجوز ان يكون ظرفًا للقول والمسافر حتى يكون معناه والمسافر ثلاثة ايام ولياليها يمسح
وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر يومًا وليلة واقل يمسح بدليل آخر
وهو ما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من اربعة برد
من مكة الى عسفان والثاني انه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيعاب مدة ثلاثة ايام ولياليها
وذلك ليس بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف
عند النقلة جدًا حتى كان سفيان يرميه بالكذب فيبقى القول بالمسح للمسافر يومًا وليلة بلا
دليل سلمناه لكن لا يجوز ان يكون ثلاثة ايام ظرفًا للمسافر والا لكان في حق مسح المقيم يومًا وليلة
كذلك فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدًا في بعض الصور وفي ذلك التسوية بين
حكم الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير
في حق تكميل مدة السفر تيسيرًا وقدره ابو يوسف وهو رواية الحسن عنه بيومين واكثر اليوم الثالث

لان الانسان قد يسافر مسيرة ثلاثة ايام فيعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد
بذلك والشافعي قدره في قول بيوم وليلة وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب ويكون
بالسنة يعني ما روينا حجة عليهما وقوله وهو قريب من الاول اي التقدير بثلاث مراحل قريب الى التقدير
بثلاثة ايام لان المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصًا في اقصر ايام السنة وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم احد وعشرون فرسخًا وقال
آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله ولا يعتبر السير في الماء يعني اذا كان لموضع طريقان
احدهما في الماء يقطع بثلاثة ايام ولياليها اذا كانت الريح هادية والثاني في البر يقطع بيوم او
بيومين لا يعتبر احدهما بالآخر فان ذهب الى طريق الماء قصر وان ذهب الى طريق البر اتم ولو انعكس
انعكس الحكم وانما المعتبر في البحر ما يليق بحاله يعتبر السير فيه ثلاثة ايام ولياليها بعد ان كانت الريح
مستوية لا ساكنة ولا عالية كما في الجبل فانه يعتبر ثلاثة ايام ولياليها في السير فيه وان كانت تلك
المسافة في السهل تقطع بما دونها قال رحمه الله فرض المسافر في الرباعية ركعتان
القصر في السفر في حق المسافر رخصة اسقاط عندنا وربما عبر عنه بعض المشايخ بالعزيمة و رخصة
عند الش فهي اي رخصة ترفيه ففرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما وعنده فرض الاربع واعتبره
بالصوم قال هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى
ولا يأثم على تركه وهذه آية النافلة وهو ظاهر وقوله بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم لان الصوم
يقضى يعني ان ترك الشيء بلا بدل ولا اثم علامة كونه نافلة وما ذكرتم ترك ببدل وهو القضاء فلا يرد
علينا وفيه بحث من وجهين احدهما ان هذا تعليل في مقابلة النص لان الله تعالى قال فليس عليكم
جناح ان تقصروا من الصلاة ولفظة لا جناح تذكر للاباحة دون الوجوب ولان النبي صلى الله
عليه وسلم سماه صدقة والمتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه والثاني ان الفقير لو لم يحج
ليس عليه قضاء ولا اثم واذا حج كان فرضًا فلم يكن ما ذكرتم آية النافلة والجواب عن الاول ان
النص متروك الظاهر اما الآية فلان الله تعالى قال ان تقصروا من الصلاة ان خفتم علق القصر
بالخوف وهو ليس بشرط لقصر ذات الصلاة بالاتفاق ولا بد من اعماله فكان متعلقًا بقصر الاحوال
من ترك القيام الى القعود او ترك الركوع والسجود الى الايماء لخوف عدو او غيره وعندنا
قصر الاوصاف عند الخوف مباح لا واجب واما الحديث فلان التصدق بما لا يحتمل التمليك
من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان
يكون من مفترض الطاعة اولى وعن الثاني بانه لما اتى مكة صار مستطيعًا فيفترض عليه وبانه
يتركها كالاغنياء وقوله وان صلى اربعًا ظاهر وقوله وان لم يقعد قدرها اي قدر قعدة التشهد
بطلت صلاته لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها قيل
احتياج صلاة المسافر الى القراءة كاحتياجها الى القعدة واذا لم يقرأ في الركعتين وقام
الى الثالثة ونوى الاقامة وقرأ في الاخريين جازت صلاته عندهما خلافًا لمحمد فكيف تبطل بترك
القعدة واجيب بانها تبطل ايضا فيما اذا لم يقعد فاما لو قعد ثم اتم اربعًا من غير نية الاقامة ليكون فيه

اختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله وفيما ذكرنا ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة صار فرضه
اربعا وصار قراءته في الاخريين قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم تبق فرضا وانما
يصير مسافرا بقصر الصلاة اذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج منه وان كان في محاذاته
من الجوانب بيوت لان السفر ضد الاقامة والشيء اذا تعلق ضده بشيء يتعلق حكم الاقامة وهي
الدخول لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه وفيه لا تعتبر الا في رواية خرج
من المصر يريد السفر فحان وقت الصلاة فانه ينظر ان الخص امام وقال ابو جعفر ان كان هذا
الخص لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال من المصر قال الامام
التمرتاشي الاشبه ان يكون قدر غلوة واعترض بان صلاة الجمعة والعيد تجب على ساكنها
في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام الا في المصر فاذا كان هذا الموضع من المصر كيف جاز القصر
وان لم يكن منه كيف جازت هذه الصلوات واجيب بان فناء المصر انما يلحق به فيما كان من حوائج
اهله وقصر الصلاة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما
وقوله او اكثر زائد وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى اقامة اربعة
ايام صار مقيما وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو واحتج الاول بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض
فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك
الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع والثاني
بفعل عثمان من اقام اربعة اتم ولم يذكر النية وليس بصحيح لان ترك الضرب حصل بنية ثلاثة
ايام ايضا والاجماع على عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد
روي عن عثمان خلاف ذلك ايضا فلا يكون حجة ولنا ما ذكر انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر
يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة ما
سقط بالحيض والاقامة توجب اعادة ما سقط بالسفر فكما قدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما
فكذلك يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض والسفر بثلاثة ايام لكونهما مسقطين
وهو اي التقدير بمدة الطهر ماثور روى مجاهد عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا دخلت
بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل الصلاة وان كنت لا تدري متى
تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم لان العقل لا يهتدي اليه ذلك وحاشاهم عن الجزاف فكان قولهم معتمدا على السماع ضرورة
لا يقال كلام متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر وذلك راي منه ثم قال والاثر في مثله
يعني ما لا يعقل من المقدرات الشرعية كالخبر لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت اصله بالاثر
لا ان يثبت ذلك بالراي لانه لا مدخل له فيه وقوله وهو الظاهر اي الظاهر من الرواية احتراز
عما روي عن ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلا والماء ونووا الاقامة خمسة عشر
يوما والماء والكلا يكفيهم لتلك المدة صاروا مقيمين وكذلك اهل الاخبية وقالوا نية الاقامة

في المفازة انما يصح اذا سار ثلاثة ايام بنية السفر فاما قبل ذلك فيصح لان السفر لما لم يتم عليه
علة كانت نية الاقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة واذا سار ثلاثة ايام ثم نوى كان ابتداء ايجاب
فلا يصح الا في محله ذكره فخر الاسلام في اصوله في العوارض المكتسبة وقوله ولو دخل مصرا ونحو
وأذربيجان صح بفتح الهمزة والراء وسكون الذال المعجمة وقوله وعن جماعة مثل ذلك
روي عن سعد بن ابي وقاص انه اقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر و
وكذلك علقمة بن قيس اقام بخوارزم سنتين يقصر الصلاة وكذلك روي عن ابن عباس
لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا ضربتم في الارض على ما مر من التقرير لان المراد به قصر
الصفات كما تقدم وقوله واذا دخل العسكر ارض الحرب حاصل معناه ان نيتهم لم تصادف
محلها لان محلها هو ما يكون محل قرار وليس الا وهذا دائر بين القرار والفرار كما ذكرنا في الكتاب
فلم يكن دار اقامة ويعضده ما روي جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقام بتبوك
عشرين يوما يقصر الصلاة وقوله وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام انما ذكره وكان يعلم
حكمه من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح لانها منقطعة
عن دار الاسلام فكانت كالمفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل الاسلام وكان ينبغي
ان تصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر فقال لان حالهم مبطل لعزيمتهم فيما ان المحل وان كان
صالحا للنية لكنه ثم مانعا آخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل انزعجوا فلا تكون نيتهم مستقرة
وهذا التعليل يدل على ان قوله في غير مصر وقوله في البحر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة اهل
البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم ايضا لان مدينتهم كالمفازة عند حصول المقصود
لا يقيمون فيها وقوله في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي وقوله لانه موضع
اقامة اي بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية
بان موضع الاقامة والقرار هو الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلا وهم
اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من يقول لا تصح ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح
انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للمرء اصل والسفر عارض يحصل عند قصد
الانتقال الى مكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء الى
ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين ابدا قال رحمه الله وان اقتدى المسافر
بالمقيم بقي ههنا حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا
يجوز بعد خروجه والثاني يجوز في الوقت وبعد خروجه وعلى هذا اذا اقتدى مسافر بمقيم في
الوقت اتم صلاته اربعا لانه التزم المتابعة بمن فرضه الاربع ومن التزم المتابعة بمن فرضه
الاربع يتغير فرضه الى اربع للتبعية بنية الامام فان قيل علل تغير فرضه بالتبعية بقوله
للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت قلت
ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه ان الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب فان المغير في
الاول هو الاقتداء وقد اتصل بالسبب وهو الوقت كما ان المغير في الثاني هو نية الاقامة وقد

اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لم يجزه لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة بعد الوقت
وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليها اذا دخل
مسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانها لم تفسد وقد وصلها بالاقتداء بعده لان
الاتمام لزمه بالشروع مع الامام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين واعترض بان المتابعة
لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى بمقيم فاحدث المسافر واستخلف المقيم ان يتم صلا
ان يتم صلاته اربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار
في ذلك للابتداء والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا وقوله فيكون اقتداء المفترض نتيجة ما قبله
وتقريره انه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير كان اقتداؤه عقدا لا يفيد موجبه لاستلزامه احد
المحذورين لانه ان سلم على الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد وان اتم اربعا خلط النفل
بالمكتوبة قصدا والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام وكذلك القراءة في الاخريين
فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى به في اول الصلاة والقراءة ان اقتدى به
في الشفع الثاني وكلمة او لمنع الخلو دون مانعة الجمع لجواز اجتماعهما وذلك ايضا مفسد واعترض
بوجهين احدهما ان الامام لو نسي القراءة في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني ينبغي ان يكون
في هذه الصورة اقتداء المسافر بالمقيم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام
ايضا كالمقتدي والثاني ان اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض
نفل وعلى المتنفل فرض فكذا في اقتداء المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء يلتحق
بمحل الاداء فيبقى الشفع الثاني خاليا عن القراءة فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز
وعن الثاني بان صلاة المتنفل اخذت حكم الفرض تبعا لصلاة الامام ولهذا لو افسد المتنفل
صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها اربعا وان امهم المقيمين مسافر صلى بهم ركعتين وسلم
واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين وقد ادى ما التزم ولم يتم
صلاته فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح وقوله في الاصح احتراز عما قال بعض
المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا
فيه فاشبه المسبوقين ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب انه مقتد تحريمة لا فعلا يعني في الشفع
الثاني اما انه مقتد تحريمة فانه التزم الاداء معه في اول التحريمة واما انه ليس بمقتد فعلا فلان
فعل الامام قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق ولا قراءة على اللاحق
لانه بالنظر الى كونه مقتديا تحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا يستحب له القراءة
لان فرض القراءة صار مؤدى فدار قراءته بين كونه حراما ومستحبا وكان الاحتياط في الترك ترجيحا
للمحرم بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة يعني في الاخريين لان الكلام فيه بالنظر الى كونه مقتديا
كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يتأد فرض القراءة فكانت عليه واجبة فان قيل
اذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان اولى اجيب بان الاولوية لا تنافي الوجوب لان المراد بالاولوية
ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما فيه وقيل ذكره بمقابلة

ما ذكره

ما ذكره من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر الا بالنظر في نفسه وقيل ذكره في مقابلة قوله
فيتركها احتياطا ومراده ان جعله منفردا ليجب عليه القراءة ولو تركها فسدت صلاته اولى
من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب جعله منفردا ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا
صلاتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او مسافرا
ليس بشرط لانهم ان علموا انه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على
ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر في فتاوى قاضيخان وغيره ان من اقتدى
بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل ان ذلك محمول على ما اذا
بنوا امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتفرقوا
على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الامام واما اذا علموا بعد الصلاة حال الامام جازت صلاتهم
وان لم يعلموا حاله وقت الاداء وبهذا القول يعلم حاله في الاخرة فيقوله فان قيل فعلى هذا
التقرير يجب ان يكون هذا القول واجبا على الامام لان اصلاح صلاة القوم يحصل به وما يحصل
به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب اجيب بان اصلاح صلاتهم ليس بمتوقف
على هذا القول البتة بل ان سلم على راس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر
حملا لامره على الصلاح وكان قوله هذا بعد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه
واقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو مسافر فكان امرا مستحبا
لا واجبا قال رحمه الله واذا دخل المسافر مصره اتم الصلاة معناه اذا استكمل
المسافر مسيرة ثلاثة ايام ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي صلى الله
عليه وسلم واصحابه كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد وفيه
نظر لان العزم فعل القلب وهو امر باطن وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه بل الظاهر من حال
المسافر العائد الى وطنه ان يكون في عزمه المقام فيه ولعل المراد عزم جديد لنية الاقامة خمسة
عشر يوما فان الظاهر عدمه والاستدلال بالمعقول اظهر وهو ان نية الاقامة انما يعتبر
لصيرورة المسافر مقيما في مصر غيره لكونه مكلفا في حيز التردد بين ان يكون للسير وبين
ان يكون للاقامة فاحتيج الى النية فاما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السير واما اذا
لم يستكمل المسافر مسيرة ثلاثة ايام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم
صلاته وان لم يدخل لما ذكرنا من قبل ان رفض الايجاب لا ابتداؤه وقوله ومن كان له وطن
فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان الى ثلاثة وطن اصلي وهو مولد الرجل
او البلد الذي تأهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة عشر يوما
ويسمى وطن سفر ايضا ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من خمسة
عشر يوما والمحققون منهم قسموها الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى
وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل
بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة وانشاء السفر وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في

في مدة السفر لان الشيء انما يبطل بما فوقه او بما يساويه وليس فوقه شيء فيبطل بما يساويه الا يرى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا صلاتكم فانا
قوم سفر واما وطن الاقامة فله ما يساويه وما فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر ايضا
لانه ضده فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي ايضا فلم لم يبطل به فالجواب انما لم يبطل به لاثر
وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه
بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع وقوله لان اعتبار النية في موضعين يقتضي
اعتبارها في مواضع يعني الى عشرة وخمسة عشر دفعا للتحكم وهو اي اعتبارها في مواضع
ممتنع لان اقامته حينئذ انما تكون بنزوله وترويح دابته والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار
فيكون كل مسافر مقيما اي نوى وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدال على عدم الاجتماع وقوله
الا اذا نوى مستثنى من قوله لم يتم الصلاة وقوله لان اقامة المرء مضافة الى مبيته خاص
الا يرى ان السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محلة كذا ونهاره كله في السوق وقوله
لان المعتبر في السببية عند عدم الاداء يعني عدم الاداء قبل اخر الوقت لما عرف في الاصول في اخر
الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان في اول الوقت مقيما وان كان مقيما فيه
وفاتته قضى اربعا وان كان في اوله مسافرا واعترض بان كلامنا في القضاء واذا فاتته الصلاة عن
وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ يقررون السببية
على الجزء الاخير وان فات الوقت فجاز ان يكون المصنف قد اختار ذلك واقول الاعتراض ليس
بوارد لان المصنف قال القضاء بحسب الاداء يعني كل من وجب عليه اداء اربع قضى اربعا ومن
وجب عليه اداء ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر في السببية للاداء هو
الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وبه تم مراد المصنف واما ان السببية تنتقل بعد
الفوت الى كل الوقت ليظهر اثره في عدم جواز قضاء العصر الفائتة في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك
شيء اخر لا مدخل له في مراد المصنف وهذا واضح فتامله يغنيك عن التطويل ونوقض قولهم القضاء
بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر في صلاة المقيم ثم ذهب الوقت ثم افسد الامام او المقتدي صلاته
على نفسه فانه يقضي ركعتين صلاة السفر وقد وجب عليه اداء الصلاة اربعا واجيب بانه انما
لزمه الاربع لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى الحالة الاولى الا يرى انه لو افسد الاقتداء
في الوقت كان عليه ان يصلي صلاة السفر فكذلك هاهنا وقوله والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة
سواء السفر على ثلاثة اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع
الطريق والاباق عن المولى وحج المراة بلا محرم والاولان سببان للرخصة بلا خلاف واما الاخير
فكذلك عندنا خلافا للشافعي فهو قال الرخصة تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ
لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع ولنا اطلاق النصوص قال الله تعالى فمن
كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتان وقال يمسح المسافر
ثلاثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد ان لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول ولان

نفس

ولان نفس السفر ليس بمعصية اذ هو عبارة عن خروج مديد وليس في هذا المعنى شيء من المعصية
وانما المعصية ما يكون بعده كما في السرقة او مجاوره كما في الاباق فصلح من حيث ذاته متعلق
الرخص لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جاز له ان يمسح عليه
لان الموجب لستر قدميه ولا محظور فيه انما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه
اصول الفقه والله تعالى اعلم

باب صلاة الجمعة

تناسب هذا الباب
لما قبله ان كلا منهما تنتقص بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول
شامل في كل ذوات الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد العموم
والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق والميم ساكنة عند اهل اللسان والقراء يضمونها وهي
فريضة بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا
نودي من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع امر بالسعي الى ذكر الله وهو الخطبة التي هي شرط جواز
الجمعة والامر للوجوب واذا كان السعي اليها واجبا فالى ما هو المقصود وهو الجمعة اولى واكد ذلك
بتحريم المباح ولا يكون ذلك الا لواجب مقتضى الحكم واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم واعلموا ان الله كتب
عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر
او عادل الا فلا جمع الله شمله الا فلا صلاة له الا فلا زكاة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب
الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد اجتمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا
الوقت على ما يجيء واما المعقول فلانا امرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز
ترك الفريضة الا لفرض هو اكد منه ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات فمنها ما هو في
المصلي كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابي حنيفة رحمه الله ومنها
ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو
اغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه ولم ياذن للناس بالدخول لم تجزه وقاض ينفذ الاحكام
قال رحمه الله ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع هذا بيان شروط ليست في
نفس المصلي وهو ظاهر وعرف المصر الجامع بقوله كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام
ويقيم الحدود والمراد بالامير وال يقدر على انصاف المظلوم من الظالم وانما قال ويقيم الحدود
بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المراة اذا كانت
قاضية تنفذ الاحكام وليس لها ان تقيم الحدود وكذلك المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص
لانهما يستويان في عامة الاحكام فذكر احدهما كان مغنيا عن ذكر الاخر وعن ابي يوسف
انهم اذا اجتمعوا اي اجتمع من تجب عليه الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان و
النساء والعبيد لان من تجب عليهم مجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع احسن ما قيل فيه
اذا كان اهلها بحيث لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد
اخر للجمعة وهذا الاحتياج غالبا عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر
الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثاني اختيار ابي عبد الله البلخي وعن ابي يوسف رواية اخرى غيرهما

الرواية وهو كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات وقوله والحكم غير مقصور
يعني جواز اقامة الجمعة ليس بمقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها اي الافنية بمنزلة المصر
في حوائج اهله ويعرف من هذا التعليل تعريف الفناء وهو ما اعد لحوائج اهل المصر وفناء الدار
وفناء كل شيء كذلك وقدر شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسي فناء المصر بالغلوة اعتبارا لما ذكره
محمد في النوادر وقال الشافعي المصر ليس بشرط ولا فناؤه بل كل قرية يسكنها اربعون من الرجال
الاحرار لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء تقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله
من غير فصل ولما روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا وهي قرية
من قرى عامر بن عبد القيس بالبحرين وكتب ابو هريرة الى عمر يسأله عن الجمعة بجواثا فكتب
اليه ان جمع بها وحيث ما كنت والجواب ان قوله عليه السلام الا في مصر جامع ينفي اقامتها في القرى
والصحابة حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجوامع الا في الامصار
والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرائط الجمعة والاية ليست بحجة له لان المكان مضمر
فيها بالاجماع حتى لا يجوز اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية
وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لان اسم القرية ينطلق على البلدة
وقوله ويجوز يعني اقامة الجمعة بمنى اذا كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا وانما قيد
بكونه مسافرا لاحد امرين اما للتنبيه على انه لو كان مقيما كان بالجواز اولى واما لنفي توهم ان
الخليفة اذا كان مسافرا لا يقيم الجمعة كما اذا كان امير الموسم مسافرا وفيه اشارة الى ان الخليفة
والسلطان اذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لان امامة غيره
انما يجوز بامره فامامته اولى وان كان مسافرا وقوله لانها يعني منى على تأويل القرية ويجوز
ان يكون التأنيث باعتبار الخبر لان تقديره لانها قرية من القرى يعني انها ليست بمصر ولا من
فنائه لزيادته على الغلوة ولهذا لا يعتد بها فلا يقام فيها الجمعة ولهما انها تتمصر في ايام
الموسم لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق وعدم التعييد اي
عدم اقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق
في ذلك اليوم لا لعدم المصرية ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا والفرق ان عرفات فضاء ومنى فيه
ابنية وقوله اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير يشير الى انه ان استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى
لان له الولاية حينئذ وقيل ان كان من اهل مكة يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة ما لم يكن من
اهلها لا يقيم عندها ايضا قوله ولا يجوز اقامتها الا للسلطان اي الوالي الذي لا والي فوقه وكان
ذلك الخليفة او مأموره السلطان وهو الامير او القاضي او الخطباء وقال الشافعي ليس ذلك بشرط
لما روي ان عثمان حين كان محصورا بالمدينة صلى علي الجمعة بالناس ولم يرو انه صلى بامر عثمان وكان
الامر بيده ولنا ان الجمعة تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد تقع المنازعة في التقدم
بان يقول شخص انا اتقدم و في التقديم بان تقدم طائفة شخصا واخرى آخر وقد يقع في غيره اي
في غير امر التقدم والتقديم من اداء من سبق الى الجامع الاداء في اول الوقت وآخره فلا بد من

اي من السلطان او من امره تتميما لامره وما ذكر على ليس بحجة لجواز ان ذلك كان بامر عثمان
ولكن انما نقل لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يعني لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض
فاعتبر اجتماعهم قال رحمه الله ومن شرائطها الوقت اي ومن شرائط الجمعة
الوقت وهو وقت الظهر فتصح فيه ولا تصح بعده لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث
مصعب بن عمير الى المدينة قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج
وهو فيها اي الامام في صلاة الجمعة استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما اي لاختلاف
الظهر والجمعة بدليل تخيير العبد اذا اذن له مولاه بالجمعة بين ان يصلي الظهر والجمعة مع تعين
الرفق في الجمعة بالقلة ولو لم يكونا مختلفين لما خيره كما في جناية المدبر حيث يجب الاقل
على مولاه من الارش او القيمة بلا خيار لاتحادهما في المالية وبناء فرض على تحريمة فرض آخر لا يصح
في اصح الروايات وقوله ومنها اي ومن شرائط الجمعة الخطبة وهي اسم لما يخطب به وانما كانت شرطا
لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وفيه بحث اما اولا فان يقال الخطبة
يجب ان تكون ركنا ولا تكون شرطا لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن فكذلك ما قام مقامه
فلا تتأدى بلا طهارة ولانها لم يشترط قيامها حالة الاداء ولو كانت شرطا لكان يراعى قيامها
حال الاداء كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة واما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت
من ضروريات صلاة الجمعة لان شرط الشيء لازم له والحديث يدل على دوام وجوده فالدوام
لا يستلزم الضرورة الا يرى انه صلى الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون سننها كرفع اليد عند
التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شيء من ذلك شرط الصلاة والجواب عن
الاول انها ليست بركن لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وصلاة الجمعة لا تقوم بالخطبة وانما
تقوم باركانها وكانت شرطا لان الله تعالى امرنا بالسعي اليها بقوله تعالى فاسعوا فتكون واجبة وليست
بمقصودة لذاتها لان النداء لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال اذا نودي
للصلاة من يوم الجمعة ولو كانت مقصودة لكان النداء لها او لهما ان كانتا مقصودتين واذا
لم تكن مقصودة لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها وقوله ولو كانت شرطا لكان يراعى قيام
الخطبة حال الاداء قلنا الشرط وجودها لا وجودها حال الاداء وعن الثاني ان الدوام قد
يستلزم الضرورة اذا دل الدليل الخارجي على ذلك وقد قام الدليل ههنا على ذلك وهو انا نعلم يقينا
ان شطر الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضا فاما ان تكون فرضا لذاتها
او لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني فكان لازما من لوازمه فكان شرطا وهي اي الخطبة
قبل الصلاة به وردت السنة وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة
مقدار ثلاث آيات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر وهو التوارث
ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل هو حكاية العدل عن العدل وهذه القعدة
ليست بشرط عندنا بل هي للاستراحة وقال الشافعي انها شرط حتى لا يكتفى عنده بالخطبة الواحدة
وانما كانت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما خطبة

واحدة فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة
واحدة لانه انما فعل ذلك ليكون اروح عليه لا لانه شرط ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما
متوارث روى ان ابن مسعود لما سئل عن هذا قال الست تتلو قوله تعالى وتركوك قائما كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائما حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة والذى
روى عن عثمان انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض او كبر فى آخر عمره وقوله يستحب فيها
الطهارة يعنى عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان ووجه الشبه بان الخطبة ذكر لها شبه
بالصلاة من حيث انها اقيمت مقام شطر الصلاة وتقام بعد دخول الوقت كما ان الاذان
ايضا ذكر له شبه بالصلاة من حيث انه دعاء لها ويقام بعد دخول الوقت قيل فى
عبارته نظر لانه يدل على ان الاذان شرط الصلاة وليس كذلك وهو غلط لان قوله كالاذان
يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهارة لا بقوله وهى شرط الصلاة ولو خطب قاعدا او على غير
طهارة جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف ابو يوسف والشافعى فيما اذا خطب
على غير طهارة والشافعى وحده فيما اذا خطب قاعدا لهما فى الاول ان الخطبة بمنزلة شطر
الصلاة لما ورد فى الاثر وهو ما روى عن عمر وعائشة قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما
تشترط الطهارة فى الصلاة تشترط فيها وللشافعى فى الثانى ان الخطبة قائمة مقام ركعتين
فيشترط فيهما ما يشترط فى الصلاة والجواب انها ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله
ما خلا القران فى حق الجنب وتاويل الاثر انها فى حكم الثواب كشطر الصلاة لا فى شرائطها
وقوله الا انه يكره استثناء من قوله جاز وقوله لمخالفة التوارث متعلق بقوله يخطب قاعدا
وقوله وللفصل بينها وبين الصلاة متعلق بقوله او على غير طهارة ولم يذكر انه يعيدها اذا كان
على غير طهارة وقيل ينبغى ان تعاد استحبابا كاعادة اذانه وقوله فان اقتصر على ذكر الله
عز وجل جاز يعنى اذا ذكر على قصد الخطبة فقال الحمد لله او سبحان الله او لا اله الا الله جاز عند
ابى حنيفة واما اذا قال ذلك لعطاس او لتعجب فلا يجزيه بالاتفاق وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى
خطبة وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخى وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله عبده
ورسوله لان الخطبة هى الواجبة يعنى بالاجماع والتسبيحة او التحميدة او التهليلة لا تسمى خطبة
وقال الشافعى لا تجوز حتى يخطب خطبتين تشتمل الاولى على التحميد والصلاة على النبى صلى الله
عليه وسلم والوصية بتقوى الله وقراءة آية وكذلك الثانية الا ان فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين
والمؤمنات اعتبارا للمتوارث فانه جرى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابى حنيفة
قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله تعالى والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها الذكر
من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليه نسخ وما روى عن عثمان انه لما صعد المنبر اول جمعة
ولى قال الحمد لله فارتج عليه على بناء المفعول وتخفيف الجيم اى اغلق فنزل وصلى وكان بحضرة
من علماء الصحابة ولم ينكر عليه احد فدل على ان هذا المقدار كاف قال
رحمه الله ومن شرائطها الجماعة الجماعة شرط الجمعة بالاجماع والاختلاف فى العدد فعند

ابى حنيفة اقلهم ثلاثة سوى الامام وعندهما اثنان سواه قال المصنف والاصح ان هذا قول ابى
يوسف وحده لان فى المثنى معنى الاجتماع لان فيه اجتماع واحد باخر والجمعة منبئة عن معنى
الاجتماع كما ذكر ان الجمعة مشتقة من الجماعة وفى الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اى لابى حنيفة
ومحمد ان الجمع الصحيح انما هو الثلاث يعنى سلمنا ان الجمعة تبنى على الاجتماع لكن الخطاب ورد
للجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع الصحيح هو الثلاث لكونه جمعا تسمية ومعنى
فان قيل فعلى ما قاله ابو يوسف كذلك لانه يحصل مع الامام ثلاثة اجاب بقوله والجماعة شرط على حدة
وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا يقتضى ثلاثة وقوله
الى ذكر الله يقتضى ذاكرا فذلك اربعة ويجب ان يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم
صبيا او مجنونا لا يجوز بخلاف العبيد والمسافرين فان الجماعة تتم بهم لصلاحيتهم للامامة
وكما نفى الآية ما دون الثلاثة نفى اشتراط الاربعين لعدم دلالة عليه بيقين وقوله فان
نفر الناس اعلم ان الناس ان نفروا قبل شروعهم فى صلاة الجمعة مع الامام لا تحصل الجمعة بلا
خلاف ويصلى الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند
ابى حنيفة وبنى على الجمعة عندهما وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر فانه يقول انها شرط
الاداء لان التحريمة منهم مقارنا لتحريمة الامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت شرط الانعقاد لا
ذلك فكانت كالوقت ودوامه شرط لصحة الجمعة فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا بعد السجود
ولهما شرط الانعقاد لان الاداء ينفك عنها كما فى المسبوق واللاحق فاذا كان كذلك لا يشترط
دوامها كالخطبة فان دوامها الى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط بالاتفاق وابو حنيفة
يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع فى الصلاة والصلاة لا تتم
الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلاة لكونه فى محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها
اليها اى من دوام الجماعة الى الركعة بحذف المضاف اى الى تمام الركعة وقوله بخلاف الخطبة
جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجهه ان الخطبة تنافى الصلاة فان الامام هو الذى يخطب
ولا يمكنه ان يخطب فى الصلاة فلا يشترط دوامها قوله ولا معتبر ببقاء النسوان ظاهر
وقوله ولا تجب الجمعة على مسافر واضح وقوله لانهم تحملوه يعنى الحرج معناه ان سقوط
فرض السعى عنهم لم يكن لمعنى فى الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا فى الاداء بغيرهم
وصاروا كمسافر صام قوله ويجوز للمسافر واضح وقوله فاشبه الصبى يعنى فى ان الجمعة ليست بمكتوبة
عليهم ولو ام الصبى فيها لم يجز فكذا هنا شبهة وقلنا ان هذه اى سقوط الجمعة عنهم وانه
باعتبار الحرج وهو رخصة لان الخطاب عام فيتناولهم الا انه عفى عنهم دفعا للحرج عنهم فاذا
حضروا يقع فرضا على ما بينا يعنى قولهم لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا
لكان ما فرضنا لدفع الحرج حرجا وذلك خلف باطل اما الصبى فمسلوب الاهلية فلم يتناوله
الخطاب والمرأة لا تصلح لامامة الرجال قوله وتنعقد بهم اى بالمسافر والعبد والمريض الجمعة
الى آخره قال الشافعى ان هؤلاء تصح امامتهم لكن لا يعتد بهم فى العدد الذين تنعقد بهم الجمعة وذلك

لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء اولى وقوله ومن صلى الظهر في منزله الظاهر وقوله لان
عنده الجمعة هي الفريضة اصالة لانه مامور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت
الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل وهي ثابتة لان فواتها
انما يكون بفراغ الامام عن الصلاة وفرض المسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق
الناس كافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلاة في هذا الوقت متمكن بنفسه من اداء الظهر
دون الجمعة لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وان كان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع
الا انه امر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند اجتماع شرايطها فكان العدول عنها مع القدرة
مكروها وقوله هذا هو الظاهر يلوح منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة وله اسقاطها
بالظهر ويروى عنه انه قال لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه
باداء الظهر او الجمعة يريد به ان اصل الفرض احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية
عن العلماء الثلاثة ما ذكره في الكتاب وقوله فان بدا له اي بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل صلاة
الامام معذورا كان او غيره ان يحضرها فتوجه والامام فيها فاما ان يدرك الجمعة مع الامام او لا
فان ادرك الصلاة مع الامام انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكر في الكتاب وان لم يدرك
بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم الاول
لانه يفهم من اشارة هذا القسم لانه يشير الى ان الاتمام مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر
بل الدخول لكاف واذا كان بالدخول ينتقض فبالاتمام اولى لان السعي دون الظهر اذ هو ليس
بنفسه بل هو وسيلة الى اداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء لا ينقضه بعد
تمامه والجمعة فوقه لانا امرنا باسقاطه بها فجاز ان ينقضه وانما انث الظهر في الكتاب بتاويل
الصلاة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة
ان السعي وهو المشي لا مسرعا الى الجمعة من خصائصها لكونها صلاة مخصوصة بمكان لا يمكن
الاقامة الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف ساير الصلوات لان اداها يصح في
كل مكان واذا كان من خصائصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من اركانها بجامع
الاختصاص فيؤثر في ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاقوى يحتاط لاثباته ما لا يحتاط لاثبات
الاضعف واعترض بان السعي الموصل الى الجمعة مامور به وهذا السعي ليس بموصل سلمناه لكنه
ضعيف لكونه وسيلة فلا يرتفض القوي سلمناه لكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لانه
نقض العبادة قصدا حرام فاذا لم يؤد لم ينتقض سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن
اذا وقف بعرفات قبل ان يطوف لعمرته فانه يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به
رافضا لعمرته واجيب عن الاول بان الحكم دائر مع الامكان لكون الامام في الجمعة والادراك
ممكن باقدار الله تعالى وعن الثاني بانه لما نزل منزلة الخاصة صار قويا وهو الجواب عن الثالث
لانه صار الابطال في ضمنه كان الابطال في ضمنها وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانهما
اي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض فيه واما في الاستحسان فانما لا ترتفض العمرة لكونه

السعي

السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مامور به فكان
في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف وقوله بعد ذلك ثم ما بعد الفراغ منها
جواب عن قياسهما وهو واضح قوله ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة الى اخره
قال رحمه الله ومن ادرك الامام يوم الجمعة اذا ادرك الامام في صلاة الجمعة
راكعا في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق وان ادركه بعدما رفع رأسه من الركوع فكذلك
عند ابي حنيفة وابي يوسف ويبني عليها الجمعة لقوله عليه الصلاة والسلام ما ادركتم فصلوا وما
فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان مراده ما فاتكم من صلاة الامام بدليل قوله ما ادركتم فصلوا فان
معناه من صلاة الامام والذي فاته من صلاة الامام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة وكذا ان
ادركه في التشهد او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية
بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا لا يتأدى الا بنية الجمعة
ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط وهو الجماعة فبالنظر الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد
على رأس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية فكان في ذلك
اعمال الدليلين وهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة لانه لا بد
من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه ومدرك الجمعة لا يبني الا على الجمعة ولا وجه
لما ذكره من اعمال الوجهين لانهما صلاتان مختلفتان فكيف يصح بناء احدهما على تحريمة الاخرى
وعورض بانه فيما ذكرتم تجويز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء
شرطه واجيب بان وجوده في حق الامام جعل وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع
بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة فمما لا يوجد بحال والقول بما يوجد بحال اولى منه بما لا
يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما في اول البحث بالحديث وهو اقوى مما وجه قوله بعد ذلك
ولهما الى اخره قلت لا تنافي في ذلك لجواز ان يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول
او كان الاول استدلالا على ما اذا كان المدرك الاكثر وذلك متفق عليه فليس الاستدلال
لهما فقط بل لهم جميعا وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما ايضا لا ينافيه فان قيل
قد روي عن الزهري باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادرك ركعة
من الجمعة فقد ادركها وليضف اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا وهذا كما
ترى نص على ما يقول محمد فما وجه تركه الاستدلال به لمحمد قلت ضعفه فان ما رواه الا
ضعفاء اصحاب الزهري واما الثقات منهم كمعمر والاوزاعي ومالك فقد رووا عنه من
ادرك ركعة من صلاة فقد ادركها واما اذا ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل
عليه وما روي من قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على حكمهما فاخذنا به وعلى
تقدير ثبوته فتاويله ادركهم جلوسا قد سلموا وقوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل
الخطبة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه
على الصحيح وقال بعضهم كل كلام وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام قبل الخطبة وبعدها

قبل التكبير لان حرمة الكلام انما هي باعتبار الاخلال بفرض الاستماع لكونه في نفسه مباحًا
ولا استماع فلا اخلال في هذين الوقتين بخلاف الصلاة فانها قد تمتد فتفضي الى الاخلال
ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس انهما رويا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
خرج الامام فلا صلاة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له
معارض وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل عن المنبر سال الناس عن حوائجهم
وعن اسعار السوق ثم صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء حين كان الكلام مباحًا في الصلاة
فكان يباح في الخطبة ايضًا ثم نهى بعد ذلك عن الكلام فيهما وقوله واذا اذن المؤذنون ذكر
المؤذنين بلفظ الجمع اخراجًا للكلام مخرج العادة فان المتوارث في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين
لتبلغ اصواتهم الى اطراف المصر الجامع والاذان الاول هو الذي احدث في زمن عثمان على الزوراء
وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته
اداء السنة وسماع الخطبة وربما تفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدًا من الجامع وكان الطحاوي
يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر وهو اختيار شيخ الاسلام والاصح ان المعتبر
في وجوب السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به مع ما ذكرنا
في قول الحسن آنفًا وهو مختار شمس الائمة السرخسي والله اعلم بالصواب

باب العيدين

اي باب صلاة العيدين لان الكلام في الكتاب بالصلاة حذف للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد
لان لله تعالى فيه عوائد الاحسان الى عباده ومناسبتها لصلاة الجمعة في ان كلا منهما صلاة نهارية
تؤدى بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحدهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة ويشتركان
ايضا في حق التكليف فانها تجب على من تجب عليه الجمعة وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة او لكثرة
وقوعها **قال** رحمه الله وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة لا تجب صلاة العيد
على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في باب الجمعة فان قيل حال العبد هنا
ليست كهي في الجمعة اذا اذن له المولى لان للجمعة خلفًا وهو الظهر فلم تجب الجمعة وههنا لا خلف
فكان الواجب الوجوب اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن
لانها غير مستثناة على المولى فيبقى الحال بعد الاذن كهي قبله في الحج فانه لا يخرج عن حجة الاسلام
وان حج باذن مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري فانه ذكر
في القدوري بلفظ الواجب وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد من اجتماع العيدين
كون يوم الفطر والاضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في القمرين ولا يترك واحد
منهما اما الجمعة فلانها فريضة واما العيد فلان تركها بدعة وضلال قوله وجه الاول مواظبة النبي
صلى الله عليه وسلم عليها في بعض النسخ وتركه من غير تركه وهو لا يحتاج الى العناية وفي بعضها ليس
لذلك ويحتاج الى ان يقال معناه ذلك دائما تركها اعتمادا على ما ذكر في اخر باب ادراك الفريضة ولا
سنة دون المواظبة والمواظبة انما تكون دليل الوجوب اذا كانت من غير تركه وقوله وجه الثاني

ظاهر

ظاهر وقوله ولا يكبر عندنا ابي حنيفة في طريق المصلى يعني جهرًا في الطريق الذي يخرج منها الى عيد
الفطر وهذه رواية المعلى عنه وروى الطحاوي عن استاذه ابن عمران البغدادي عنه
انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرًا وبه اخذ ابو يوسف ومحمد اعتبارًا بالاضحى ووجه
الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى
واذكروا الله تعالى في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام ولا
كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص بركن
من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس في سواه ذلك فان قيل لا نسلم
ان الشرع لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم اي بالتكبير
بعد اكمال عدد ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعًا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد
بما في الاية التكبير في صلاة العيد والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث
على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد متروك الحديث **قال** رحمه الله ولا يتنفل
في المصلى قبل العيد التنفل قبل صلاة العيد في المصلى وغيره للامام وغيره مكروه كما في الكتاب
وقد ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة كثيرًا روي عن ابن مسعود وحذيفة انهما
قاما فنهيا الناس عن الصلاة قبل الامام يوم الفطر وروي ان عليا خرج الى المصلى فرأى
قومًا يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم تكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدًا اذا صلى وقوله خاصة وعامة نصب
على الحال عن الضمير الذي في المستقر في الظرف وقوله واذا حلت الصلاة عبر بالحلال عن
جوازها لانها كانت حرامًا قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث وقوله لانه عليه السلام كان
يصلي العيد والشمس على قيد اي قدر رمح او رمحين دليل دخول الوقت وقوله ولما شهدوا
بالهلال دليل خروج الوقت وذلك لانه عليه السلام امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل
الصلاة ولو كان ذلك تاخيرًا بلا عذر سماوي ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلاة
في وقتها اولى وفعله عليه السلام لا يحمل الا على الاولى منهما امكن وقوله يصلي الامام بالناس
ركعتين ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا ثلاث والموالاة في القراءة خلافًا له وقوله وظهر
عمل العامة اي عمل الناس كافة بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فان الولاية لما انتقلت
اليهم امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا
صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى
خلف هرون الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد لا مذهبًا واعتقادًا فان المذهب
هو القول الاول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة
وابن الزبير وابي هريرة وابي مسعود الانصاري فكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي
حديث الطحاوي مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى يوم العيد وكبر اربعًا ثم اقبل

بوجهه حين انصرف فقال اربع لا تسهو كتكبير الجنائز واشار باصابعه وقبض ابهامه ففيه
قول وفعل واشارة الى الاصل وتاكيد فلا جرم كان الاخذ به اولى واراد بقوله اربعًا اربع
تكبيرات متوالية ولان التكبير ورفع الايدي من حيث المجموع خلاف المعهود في الصلوة
فكان الاخذ بالقليل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان كتكبيرة الافتتاح
فكان الاصل فيه الجمع لان الجنسية علة الضم ففي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح
لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها وقوله
والشافعي اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات
عنده خمسة عشر او ستة عشر فيه اشتباه لان قوله حمل المروي اما ان يريد به المروي في هذا الكتاب
بقوله اولا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم
يقرا وفي رواية يكبر اربعا او غير ذلك فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يخلو عنه كلام المصنف
عن ذلك وان كان الاول لم ترتق التكبيرات الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسعة او عشرة وبالا
صليات تكون ثنتي عشرة او ثلاث عشرة وايضا قال وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
ثم قال والشافعي اخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي ان يكون عمل العامة اليوم على خمسة عشر تكبيرة
او ستة عشر وليس كذلك والجواب ان ذلك باب نقول روي عن ابن عباس روايتان احداهما انه يكبر
في العيدين ثلاث عشرة تكبيرة والاخرى ثنتي عشرة تكبيرة فعمل علماؤنا بروايته بان ذلك انما
هو باضافة الاصليات لان الاصليات ثلاث تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع في الركعتين فاذا
اضيف الى خمسة وخمسة كانت ثلاثة عشر واذا اضيف الى خمسة واربعة صارت ثنتي عشرة
وعلى هذا عمل العامة اليوم وحمل الشافعي المروي على الزوائد فاذا اضيف اليها الاصليات
صارت خمسة عشر او ستة عشر فكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس ولا تعقيد في ذلك
لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على
تفسير علمائنا لا على ما حمل عليه الشافعي ويظهر من هذا البتة ان ما عليه عمل علمائنا انما هو مذهب
ابن عباس لا مذهب الشافعي قال في المحيط ثم عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان
في عيد الاضحى عملا بالروايتين وخص الاضحى بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين وقوله
ويرفع يديه في تكبيرات العيدين ظاهر وليس بين التكبيرات ذكر مسنون وروي عن ابي ح
انه يسكت بين كل تكبيرتين مقدار ثلاث تسبيحات لان صلاة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين
التكبيرات يشتبه على من كان نائيا عن الامام والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث وقال
في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه
عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف انه لا يرفع يديه لان الرفع
سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد فلا رفع كما في تكبيرة الركوع والحجة ما روينا لان
ما قاله قياس ترك بالاثر ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد وكذلك التعوذ
عند ابي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراءة قال رحمه الله ثم يخطب بعد الصلاة

خطبتين الخطبة في صلاة العيد تخالف خطبة الجمعة من وجهين احدهما ان الجمعة لا تجوز بلا
خطبة بخلاف العيد الثاني انها في الجمعة متقدمة على الصلاة بخلاف العيد ولو قدمها
في العيد ايضا جاز ولا تعاد الخطبة بعد الصلاة وما في الكتاب ظاهر قوله ومن فاتته صلاة العيد
مع الامام اي اداها الامام صلاة العيد ولم يؤدها هو لم يقضها عندنا وقال الشافعي يصلي وحده
كما يصلي مع الامام لان الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده فكان له ان يصلي وحده وعندنا هي
صلاة لا تجوز اقامتها الا بشرائط مخصوصة من الجماعة والسلطان فاذا فاتت عجز عن قضائها
فان قيل هي قائمة مقام صلاة الضحى ولهذا تكره صلاة الضحى قبل صلاة العيد فاذا عجز عنها بنفسه
يعاد الى الاصل كالجمعة اذا فاتت فانه يصلي الى اصلها اجيب بانا ان سلمنا ذلك لا يضرنا لانه اذا عجز
عاد الامر الى الاصل هي صلاة الضحى وهي غير واجبة فيتخير وفي الجمعة عاد الى الاصل هو فرض فلزمه
اداؤه وقوله وقد ورد فيه الحديث اي المعهود وهو ما ذكره في الكتاب قبل هذا ولما شهدوا
بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى الى الغد وما بعده ظاهر وقوله والتعريف الذي يصنعه
الناس انما قيد بقوله يصنعه الناس لما انه يجيء لمعان للاعلام والتطييب من العرق وهو الذي يجيء
وانشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبه باهل عرفة وهو المراد ههنا وقوله ليس بشيء
انه ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن عباس انه فعل ذلك
بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا للتشبه باهل عرفة والله اعلم

فصل في تكبيرات التشريق

تكبير التشريق لما كان ذكره مختصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل
ترجمة الفصل بتكبير التشريق وهو على قولهما لان شيئا من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند
ابي حنيفة ويجوز ان يقال باعتبار القرب اخذ اسمه قال رحمه الله ويبدا بتكبير
التشريق اختلف الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي
وابن مسعود قالوا يبدا بالتكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية
وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا يبتدا بالتكبير من صلاة
الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو يوسف في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود
صلاة العصر من اول ايام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها وبه اخذ ابو حنيفة وقال علي وابن
عمر في اصح الروايتين عنه انتهاؤه صلاة العصر من آخر ايام التشريق فيكون ثلاثا وعشرين
صلاة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد ووجه كل منهما ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة
ان ايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي بمضي اربعة ايام فان العاشر من ذي الحجة
نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق قوله وهذا المأثور
عن الخليل عليه السلام قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل عليه السلام لما جاء بالقربان خاف العجلة على
ابرهيم فقال الله اكبر الله اكبر فلما رآه ابرهيم عليه السلام قال لا اله الا الله والله اكبر فلما علم اسمعيل
بالفداء قال الله اكبر ولله الحمد فبقي في الاخرين اما سنة او واجبا على ما نذكر وروي عن ابن عمر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال افضل ما قلت وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة الله اكبر الله اكبر

لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد وقوله مرة واحدة احتراز عن قول الشافعي فانه يزيد
التكبير ثلاث مرات وله في ذكر التهليل بعده قولان وقوله وهو عقيب الصلاة المفروضة على التعيين
يشير الى انه اختار كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالى
واذكروا الله في ايام معدودات فانه جاء في التفسير ان المراد بها ايام التشريق فيكون واجبا
عملا بالامر وذهب بعضهم الى انه سنة قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه قال الشافعي
ومالك واحمد وفي قوله عقيب الصلوات اشارة الى انه لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به تحريمة الصلاة
حتى لو قام وخرج من المسجد او تكلم لم يكبر وفي قوله المفروضات اشارة الى انه لا يكبر بعد
بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة وقيد بالاقامة لان المسافر لا يكبر الا اذا اقتدى بمقيم وقيد
بالامصار لانه لا يكبر في القرى وقيد بالجماعات لانه لا تكبير على المنفرد وقيد بالمستحبة احترازا
عن جماعة النساء فانه لا تكبير عليهن اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو واجب على كل من صلى المكتوبة
لانه تبع لها وله ما روينا من قبل يريد به ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا جمعة
ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف
يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع قلنا بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ في اشتراط
الحرية في قوله فمنهم من شرطها قياسا على الجمعة والعيدين ومنهم من لم يشترطها قياسا على سائر
الصلوات وفايدته تظهر فيما اذا ام العبد صلاة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب التكبير
ومن لم يشترط اوجبه قال يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ا ه
قول ابي يوسف على ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي لما ذكره في الكتاب بخلاف سجود السهو
فانه اذا تركه الامام لا يسجد المقتدي لانه يوتى به في حرمة الصلاة بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم
قبل الامام اذا وقع الياس عن تكبير الامام بان قام قيل في ذكر هذه الحكاية فوايد منها بيان منزلته
عند استاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حشمة استاذه في قلبه فانه لما علم ان
المقتدي به استاذه سهى عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاذه الى
الستر عليه حيث كبر ليتذكر هو فكبر وهكذا ينبغي ان تكون المعاملة بين كل استاذ وتلميذ
يعني ان التلميذ يعظم الاستاذ والاستاذ يستر عليه عيوبه والله تعالى اعلم بالصواب

باب صلاة الكسوف قرن صلاة الكسوف بصلاة العيد لانهما يوديان بالجماعة
في النهار بغير اذان واقامة واخرها عن العيد لان صلاة العيد واجبة في الاصح على ما مر
يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي
عمر بن عبد العزيز الشمس طالعة ليست بكاسفة تبكي عليك نجوم الليل والقمرا قيل معناه
ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل
معناه تغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته اي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجمعت
الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا تضاف اليه وشروطها شروط ساير الصلوات
وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها وكيفية ادائها ان يصلي امام الجمعة في الجامع او في

المصلى

المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة بركوع واحد وقال
الشافعي اذا كسفت الشمس في وقت مكروه او غيره تودى الصلاة جامعة وصلى الامام بالناس ركعتين
يقرا في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فبما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث
في ركوعه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم ويقرا سورة ال عمران ان حفظها والا فبما يعدل
لها من غيرها ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع راسه ثم يسجد سجدتين
ثم يقوم فيمكث في قيامه ويقرا فيه مقدار ما قرا في القيام الثاني من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث
في ركوعه مثل مكثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث
فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم مثل ثلثي قيامه في القيام الاول من هذه الركعة
ثم يسجد سجدتين وتتم الصلاة واحتج على ذلك بحديث عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى
صلاة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير
وابي بكرة وسمرة بن جندب بالفاظ مختلفة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس
ركعتين كاطول صلاة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايات
كان الترجيح لرواية ابن عمر لان الحال اكشف على الرجال لقربهم وتاويل ما رواه ما ذكره
محمد في صلاة الاثر قال يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم اطال الركوع زيادة على قدر ركوع
ساير الصلوات فرفع اهل الصف الاول رؤوسهم ظنا منهم انه عليه السلام رفع راسه من الركوع
فمن خلفهم رفعوا رؤوسهم فلما راى اهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا
ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم راسه من الركوع رفع القوم
رؤوسهم ومن كانوا خلف الصف الاول ظنوا انه ركع ركوعين فيه فرووا على حسب ما وقع
عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في اخر الصفوف وعايشة كانت واقفة
في صف النساء فان قيل قد روى حديثها من الرجال ابن عباس وقد كان في صفهم اجيب
بانه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت وقوله ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين
وقوله لبيان الافضل لان فيه متابعة النبي صلى الله عليه وسلم فانه صح ان قيام رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان في ركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة ال عمران
وقوله فلهما رواية عايشة فانها روت انه صلى الله عليه وسلم قرا قراءة طويلة فجهر
بها يعني في صلاة الكسوف وله رواية ابن عباس وسمرة بن جندب انه لم يسمع من قراءته
فيها حرفا والترجيح قد مر من قبل يعني قوله والحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر
في المبسوط ان عليا روى حديثهما فان صح ذلك فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الى
الاصل فانها صلاة نهارية والاصل فيها الاخفاء قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء وقد
تقدم ذلك وقوله ويدعو بعدها اي بعد صلاة الكسوف ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء
قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون وقوله من هذه الافزاع الفزع الخوف

وكلامه واضح وقوله فان لم يحضر يعني الامام صلى الناس فرادى ان شاؤا ركعتين وان شاؤا اربعا
لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك وقوله تحرزا عن الفتنة التقديم والتقدم والمنازعة
فيهما وقوله وليس في كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا في هذا اللفظ وقالوا انما يستعمل
في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت الشمس
والقمر جميعا وقوله فافزعوا الى الصلاة الحديث روى ابو مسعود الانصاري قال انكسفت الشمس
يوم مات ابرهيم ولد النبي صلى الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عليه السلام ان الشمس
والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رايتم شيئا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلاة اى التجاوا اليها فان قيل امر والامر للوجوب فكان ينبغي ان تكون صلاة الكسوف
واجبة قلنا قد ذهب الى ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها
سنة لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي صلى الله عليه وسلم فكانت
سنة والامر للندب وقوله وليس في الكسوف اى كسوف الشمس والقمر خطبة وقال الشافعي
في كسوف الشمس يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة قالت خسفت
الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل وذلك
دليل على انه لم يفعل وان صح فنا ويل انه عليه السلام خطب لان الناس كانوا يقولون انها كسفت
لموت ابرهيم فاراد ان يرد عليهم والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاستسقاء

اخر صلاة الاستسقاء عن صلاة الكسوف لان صلاة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة ليس
في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء
الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا وروي
ان قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكرير الدعوة حبس الله عنهم القطر واعقم ارحام نسائهم
اربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم انهم ان آمنوا رزقهم الله الخصب ودفع عنهم ما كانوا
عليه وقصدا الاستدلال بان شرائع من قبلنا شرائع لنا اذا قص الله ورسوله من غير نكير
وهذا كذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلاة وانما المروي عنه عليه
السلام في ذلك الدعاء روى انس ان الناس قد قحطوا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل
رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال يا رسول الله هلكت المواشي
وخشينا الهلاك على انفسنا فادع الله يسقينا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال
اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير رايث قال الراوي ما كان في السماء
قزعة فارتفعت السحاب من هنا ومن هنا حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة
ثم دخل ذلك الرجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب والسماء تسكب فقال يا رسول الله تهدم
البنيان وانقطع السبل فادع الله ان يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لملالة بني آدم
قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام
والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها

كالاكليل

كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى فيها ركعتين
كصلاة العيد في الجهر بالقراءة والصلاة بلا اذان ولا اقامة رواه ابن عباس قلنا ان ثبت ذلك
دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما الكلام في انها سنة اولا والسنة ما واظب النبي صلى الله
عليه وسلم وههنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن فعله اكثر من تركه حتى تكون مواظبة فلا تكون
سنة فان قيل كلام المصنف حينئذ متناقض لانه قال اولا ولم يرو عنه الصلاة ثم قال لما روي
عنه فالجواب ان المروي لما كان شاذا فيما يعم به البلوى جعل كانه غير مروي وقوله وقد ذكر في
الاصل قول محمد وحده يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط وذكر
في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب وقوله ويجهر فيهما بالقراءة اتفقا على الجهر بالقراءة
اعتبارا بصلاة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة
واحدة وبخلاف ذلك ورد الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده
قال ابن عباس خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى فرقا
على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة
لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك روي ذلك عن ابي يوسف انه قال ان شاء رفع يديه في الدعاء
وان شاء اشار باصبعه ويقلب رداءه وصفة التقليب ان كان الرداء مربعا ان يجعل اعلاه
اسفله واسفله اعلاه وان كان مدورا بان كان جبة ان يجعل الايمن الايسر والايسر الايمن
وقوله لما روينا يريد به قوله لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه قال
المصنف هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة فلا يقلب ولم يذكر قول ابي يوسف لانه مضطرب
ذكره الحاكم مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد وقوله لانه اي الاستسقاء دعاء وليس في شيء
من الادعية قلب رداء فكذا هذا وقوله وما رواه كان تفاؤلا جواب عن استدلالهم بالحديث
ومعناه ان النبي عليه السلام تفاءل بتغير الهيئة ليتغير الهواء يعني غيرنا ما كان علينا فغير اللهم
الحال وفي كلامه نظر من وجهين احدهما انه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني هب
انه عليه السلام تفاءل بذلك فينبغي لكل من يبتلي بذلك تاسيا به صلى الله عليه وسلم والجواب عن
الاول انه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لان
ما رواه محمد يدل على القلب وما رواه انس يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا فصيرنا الى ما بعدهما
من الحجة وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذلك لتقدم ذكره وعن الثاني بان النبي صلى الله عليه
وسلم يحتمل ان يكون علم بالوحي ان الحال ينقلب الى الخصب متى قلب الرداء وهذا مما لا يتاتى من
غيره فلا فائدة في التاسي ظاهرا فيما يخالف القياس وقوله ولا يقلب القوم ارديتهم قيل هو بالتشديد
لان فيه تكثيرا بخلاف الاول وقوله لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك فيه نظر لانه استدلال
بالنفي وهو باطل لانه احتجاج بلا دليل ومثل هذا صنع في اخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل
والجواب ان التعليل بالنفي لا يجوز اذا لم تكن العلة متعينة اما اذا كانت فلا باس به لان انتفاء
العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم الاشارة الى قول محمد في ولد المغصوب انه لا يضمن لان الغصب

لم يرد عليه وموضعه اصول الفقه فان قيل قد روي ان القوم قلبوا ارديتهم حين راوا قلب النبي
صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم اجيب بان تقليبهم هذا كخلعهم النعال حين راوه عليه السلام خلع نعليه
في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بلا خلاف وانما الكلام
في كونه سنة وقوله ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء ظاهر وانما يخرج المسلمون ثلاثة ايام ولم
ينقل اكثر من ذلك قيل يستحب للامام ان يامر الناس بصيام ثلاثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج
من المظالم والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب
بذلة متواضعين لله ويستحب اخراج الدواب والله اعلم **باب صلاة الخوف**
وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل منهما لعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثم
انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلاة
الخوف ما ذكره في الكتاب وقوله اذا اشتد الخوف ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال
في التحفة سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد وقال فخر
الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف لان حضرة العدو
اقيم مقام حقيقة الخوف على ما عرف من اصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لان
السفر سبب المشقة فاقيم مقامها فكذا حضرة العدو ههنا سبب الخوف فاقيم مقام حقيقة
الخوف قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليها اذا تنازع القوم في الصلاة
خلف الامام فقال كل طائفة منهم نحن نصلي معك واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام
بطائفة تمام الصلاة ويرسلهم الى وجه العدو ويامر رجلا من الطائفة التي كانت بازاء العدو
ويامر رجلا من الطائفة التي كانت بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلاتهم ايضا وتقوم التي صلت
مع الامام بازاء العدو وقوله وابو يوسف وان انكر شرعيتها اي كونها مشروعا وكان يقول بها اولا
ثم رجع وقال كانت مشروعة في حياة النبي صلى الله عليه وسلم خاصة لقوله تعالى واذا كنت فيهم لانه ينال
كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام وقد ارتفع ذلك بعده وكل طائفة تتمكن من اداء الصلاة
بامام على حدة فلا يجوز اداؤها بصفة الذهاب والمجيء وقوله بما روينا يريد به قوله والاصل فيه رواية
ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين
هذا في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف لم ينكر شرعيتها في زمنه عليه السلام فكيف تكون صلاته
عليه السلام حجة على ابي يوسف والجواب انه حجة على ابي يوسف من حيث الدلالة لا من حيث العبارة
وذلك لان السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حياته ولم
يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام لان ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة
والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول ولا يختص
كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على
ما عرف قيل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبي صلى
الله عليه وسلم فانه روي عن سعد بن ابي وقاص وابي عبيدة بن الجراح وابي موسى الاشعري اقاموا صلاة

الخوف

الخوف باصبهان وكذا روي عن سعيد بن العاص انه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن
ابن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر احد فحل
محل الاجماع وقوله ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس
لان فرض القراءة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طائفة في ذلك حظ وقوله لان تنصيف
الركعة الواحدة غير ممكن معناه انه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف
فيكون حق الطائفة الاولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فتثبت في كلها بحكم السبق
وقال الشافعي ان شاء صلى مثل مذهبنا وان شاء يصلي مثل مذهب الثوري ولا يقاتلون في حال
الصلاة فان فعلوا في ذلك بطلت صلاتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي في القديم لظاهر
قوله وليأخذوا حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح في الصلاة لا يكون الا للقتال ولنا
ما ذكره ان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء
مع القتال لما تركها والامر باخذ الاسلحة لكيلا يطمع فيهم العدو اذا راوهم غير مستعدين
او ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلاة وقوله فان اشتد الخوف بان لا
يدعهم العدو ان يصلوا نازلين بل يهجمون عليهم بالمحاربة صلوا ركبانا الى اخره فيه اشارة
الى ان اشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركبانا فرادى مومئين لا شرط جواز صلاة الخوف
حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلاته لانه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي
والذهاب فانه ورد فيهما النص بتقدير الحرج وان كانا عملا كثيرا وعن محمد انهم يصلون بجماعة
استحسن ذلك لنيل فضيلة الصلاة بالجماعة وليس بصحيح لان اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء
ولم يوجد الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع والخوف
من سبع يعاينونه كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق فيه
بين السبع والعدو والله تعالى اعلم **باب الجنائز** الجنائز جمع جنازة
والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعي لا يقال بالفتح ولما
كان الموت اخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخرا للمناسبة الا انه كان ينبغي ان تذكر الصلاة في الكعبة
قبلها ولكن اخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك به حالا ومكانا واذا احتضر الرجل اي قرب
من الموت وقد يقال احتضر اي مات لان الوفاة حضرته او ملائكة الموت وقوله على شقه اي
جنبه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لانه اشرف عليه اي
على الوضع في القبر والشيء اذا قرب من شيء اعطي حكمه وقوله ولقن الشهادة تلقينها ان يقال
عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله
والمراد الذي قرب من الموت دفع لوهم من يتوهم ان المراد به قراءة التلقين على القبر كما ذهب
اليه البعض فيكون من باب قوله انك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه وقوله ثم في تغميضه لانه
اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس **فصل** ذكر احوال
الميت في فصول وقدم الغسل لانه اول ما يصنع به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلف

في سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث يحله باسترخاء المفاصل لا لنجاسة تحل به فان الادمي
لا ينجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل
على اعضاء الوضوء كما في حال الحياة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث
بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجنابة لا يكتفى فيها بغسل الاعضاء الاربعة بل يبقى على الاصل وهو
وجوب غسل البدن لعدم الحرج فكذا هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث
لان للادمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره منها الا يرى انه اذا مات
في البئر نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلوته ولو لم يكن نجسا لجازت كما لو حمل محدثا ويحتمل ان تزول
نجاسته بالغسل كرامة قوله واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه اي عن الميت
وقوله لينصب علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع
التخت الى القبلة طولا او عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار
الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختاره عرضا كما يوضع في
القبر قال شمس الائمة السرخسي والاصح انه يوضع كيف اتفق فانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع
واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف فيه ان يضجع مستلقيا على قفاه وجعلوا على عورته
خرقة اقامة لواجب الستر فان الادمي محترم حيا وميتا فليستر عورته كذلك ويكتفى بستر العورة
الغليظة بان يستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفتين في ظاهر الرواية تيسيرا لانه ربما يشق
عليهم غسل ما تحت الازار وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها يوضع
على عورته خرقة من السرة الى الركبة ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود من
الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس
به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي فان السنة ان
يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا
خرق الكمين لان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي غسل في قميصه قلنا توفي فيه وما كان سنة
في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص قلنا قد قام دليل
التخصيص روت عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا
لا ندري كيف نغسله انغسله كما نغسل موتانا او نغسله وعليه ثيابه فارسل الله عليهم النوم
فما منهم الا نام وذقنه على صدره اذ نادى مناد اغسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه
ثيابه فلما اجتمعت الصحابة ان السنة في سائر الموتى التجريد فقد خص صلى الله عليه وسلم بغسله من
ذلك بالنص لعظم حرمته ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة
الاغتسال واما تركهما فلان اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة ولو كبوه
على وجهه لربما خرج من جوفه ما هو شر منه وقال الشافعي يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال
الحياة واجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت وضوءه للصلاة
ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب انه يستنجى اولا وذكر في صلاة الاثار على

قول ابي

قول ابي حنيفة ومحمد يستنجى وعلى قول ابي يوسف لا يستنجى لان المسكة تزول بالموت والمفاصل
تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فتخرج نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء
فائدة ولهما ان موضع استنجاء الميت قلما يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت
في موضع اخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على
ان بقية الافعال من تقديم غسل اليدين الى الرسغ والمسح على الراس كما كانت في الجنابة
هو الصحيح وفي صلاة الاثار لا يبدا بغسل اليدين بل بغسل الوجه ولا يمسح على الراس قوله
ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلاثا وان زاد على ذلك جاز كما في حال الحياة وقوله ويجمر سريره
اي يبخر يعني بالمجمر وهو الذي يوقد فيه العود حول السرير ثلاثا او خمسا او سبعا اما
التجمير فلان فيه تعظيم الميت واما الايتار فلقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر
وقوله ويغلى الماء من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم قال الشافعي غسله بالماء
البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المنجسة للكفن وقلنا
غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف فيكون افضل وزيادة الاسترخاء
قد تعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا يتنجس الكفن
بعد الفراغ من الغسل فان لم يكن احدهما لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو الاشنان
يغسل بالماء القراح اي الخالص واما اذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام
والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود انه يبدا اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن
من الدرن والنجاسة ثم بماء السدر والحرض ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف
ثم بماء الكافور ان وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بادم عليه السلام حين غسلوه
ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له لانه مثل الصابون في التنظيف وقوله ثم يضجع
على شقه الايسر ظاهر وقوله لان السنة هي البداءة بالميامن روي عن ام عطية ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدان بميامنها ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح
بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف حتى ان بقي عند المخرج شيء يسيل تحرزا عن تلويث الكفن
والاصل فيه ما روي ان عليا لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده مسحا رفيقا
طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيئا قال طبت حيا وميتا فان خرج منه شيء غسله يعني بعد ان
يمسحه لان الغسل قبل المسح ربما يحتاج بعد ذلك الموضع ولا يعيد غسله دون بقية الغسل
وقبحها ولا وضوءه لان الغسل قد عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للمسلم على
المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيده
واما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا
الحدث والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروي
عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه قال يقعده اولا ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح
قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج النجاسة

ثم الظاهر ان النجاسة قد تكون متعقدة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بما حار فكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراجها به من النجاسة فيكون اولى واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية اغسلنها ثلثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي يغسل اولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل وهو على جنبه الايمن ثم يغسل جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلاثا وقال بعض الشارحين ترك المصنف ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه وردّ بانه قال بعد ذلك ويغسل راسه ولحيته بالخطمي وغسل الراس بعد الوضوء قبل الاغسال بالاجماع فكيف يكون ذلك ثالثا وانما ذلك ذكر الغسل اجمالا وما بعده تفصيل وقال بعضهم يجوز ان يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين مختار المصنف والتثليث في الصب عند كل اضطجاع وهذا انسب قيل النية لا بد منها في غسل الميت حتى لو اخرج الغريق وجب غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني ادم ولم يوجد منهم شيء عند عدم التحريك ودفع لان الماء مزيل بطبعه فكما لا تجب النية في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى قاضيخان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزاهم ذلك وقوله ثم ينشف ظاهر والحنوط عطر مركب من اشيا طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتخص بزيادة الكرامة قوله ولا يسرح شعر الميت تسريح الشعر تخليص بعضه من بعض وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه قوله ولا يقص ظفره روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الظفر اذا كان منكسرا فلا باس باخذه وقوله علام اصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فاسقط الفها كما في قوله تعالى عم يتساءلون ويقال نصوت الرجل نصوا اخذت ناصيته ومددتها وروي ان عائشة سئلت عن تسريح شعر الميت فقال علام تنصون ميتكم كانها كرهت تسريح راس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب اشكال اي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة ولا يقال فوجب ازالة الجزء بخلاف الميت فانه لا يسن فيه ازالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بان يختتن الحي ولا يختتن الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة تتضمن ابانة الجزء يجب ان يفرق بينهما ولم اجد له ربطا بكلام المصنف اصلا ولكني اقول قوله ولان هذه الاشيا للزينة اي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها اي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشياء فان قيل لا نسلم انه ما فعل لزينة الميت فانها تفعل بالحي ايضا اجاب بقوله وفي الحي كان تنظيفا يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث انها زينة بل من حيث انها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها وذلك الضمير في عبارته بتاويل المذكور نعم ان يقال وحيث انه كان في الحي تنظيفا لكن الميت ايضا محتاج الى التنظيف ولهذا يقال يغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف لم فليعمل به من حيث التنظيف ويمكن ان يقال انه تنظيف بابانة جزء وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان هذا ما سنح لي في حل هذا المقام والله تعالى اعلم

فصل في التكفين

رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من الافعال تكفين الميت لغة بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا ومن لم يكن له ما لكفنه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حيوته وقوله السنة ان يكفن يعني تكفينه في ثلاثة اثواب سنة وذلك لا ينافي ان يكون اصل التكفين واجبا ثم التكفين اما ان يكون في حالة الضرورة او لا فان كان الاول كفن بما وجد لما روي ان مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله صلى الله عليه وسلم استشهد يوم احد وترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فاخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فامر بان يكفن فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة كما ذكر في الكتاب والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن وفي حق المراة خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثديها وكفن كفاية وهو في حق الرجل ثوبان وفي حق المراة ثلاثة قميص وازار وخمار وما في الكتاب واضح والله اعلم

فصل في الصلاة على الميت

الصلاة على الميت فرض كفاية اما فرضيته فلان الله امر بقوله وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك اجمعت الامة واما انها على الكفاية فلان في الايجاب على الجميع استحالة او حرجا فاكتفي بالبعض كما في الجهاد وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الامام الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر فامام المصر اولى فان لم يحضر فالقاضي اولى فان لم يحضر فصاحب الشرط اولى فان لم يحضر فامام الحي اولى فان لم يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية اخذ كثير من مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز ان يراد به الامام الاعظم ان حضر وامام المصر وقوله ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف فالولي اولى بالصلاة على الميت على كل حال لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله ولهما ان الحسن بن علي لما مات خرج الحسين والناس لصلاة الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم فقال له الحسين تقدم ولولا السنة ما قدمتك والاية محمولة على المواريث وعلى ولاية المناكحة وقوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح يقتضي ان يقدم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلاة ان الاب اولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد فاما على قول ابي حنيفة فالابن اولى وعلى قول ابي يوسف الولاية لهما الا انه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل ما ذكره في صلاة الجنازة ان الاب اولى قول الكل لان للاب زيادة فضيلة وسن ليس للابن وللفضيلة اثر في استحقاق الامامة فيرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هؤلاء قوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح محمول على غير الاب والابن فبنو الاعيان يحجبون بني العلات والاكبر سنا يحجب الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بتقديم الاسن فان اراد الاكبر ان يقدم انسانا فليس له ذلك الا برضى الاخر لان الحق لهما لاستوائهما في القرابة وان اراد بنو الاعيان تقديم انسان فليس للاصغر من بني العلات منعه لانه لا حق لهم مع وجودهم وابن عم المراة احق من زوجها ان لم يكن لها منه ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالاجانب فان كان ذلك فهو احق بالصلاة عليها لان

الحق ثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم اباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها
من هذا الوجه قال القدوري وسائر القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي الزوج اولى لانه بمعنى بعلها
صلى على امراته وقال انا احق بها ولنا ما روي عن ابن عمر انه لما ماتت امراته قال لاوليائها كنا احق بها
حية فاذا ماتت فانتم احق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان امام حي فان صلى غير الولي او السلطان
اعاد الولي وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولي
ثم هو ليس بمنحصر على السلطان بل كل من كان مقدما على الولي في ترتيب الامامة في صلاة الجنازة على
ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي ثانيا قال الامام الولوالجي في فتاواه رجل صلى على جنازة والولي خلفه
ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا او الامام
الاعظم في البلدة او القاضي او الوالي على البلدة او امام حي ليس له ان يعيد لان هؤلاء اولى منه
وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر في التجنيس والفتاوى الظهيرية قال في النهاية ذكر في الكتاب
اعادة الولي اذا لم يصلها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها ويجب ان يكون حكمه في ولاية الاعادة
كحكم الولي لما انه مقدم في حق صلاة الجنازة على الولي فلما ثبت حق الاعادة للادون فلان يثبت للاعلى
منه اولى وقال وقد وجدت رواية في نوادر الصلاة تشهد بما ذكرت وقال في قوله وان صلى الولي لم يجز لاحد
ان يصلي بعده تخصيص الولي ليس بمفيد لما انه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلاة
على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد ان يصلي بعده ايضا على ما ذكرنا من رواية الولوالجي والتجنيس هذا
الذي ذكره بقوله لم يجز لاحد ان يصلي بعده مذهبنا وقال الشافعي يجوز اعادة الصلاة على الجنازة مرة
بعد اخرى بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسال عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا
اذنتموني بالصلاة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولما
قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى عليه الصحابة فوجا بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب وقوله وهو اليوم
كما وضع لان لحوم الانبياء عليهم السلام حرام على الارض به ورد الاثر وانما صلى النبي صلى الله عليه وسلم لان الحق
كان له قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا تاويل فعل
الصحابة فان ابا بكر كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره
وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل احد بعده عليه كذا في المبسوط وقوله صلى على
قبره يعني اذا وضع اللبن على اللحد واهيل التراب عليه اما اذا لم يوضع اللبن على اللحد ووضع ولكن
لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى لان التسليم لم يتم بعد كذا في المحيط وقوله والمعتبر في ذلك اي في عدم
التفسخ وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف في الامالي انه يصلى على الميت في القبر الى ثلاثة ايام وبعده
لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد والصحيح ان ذلك ليس بمقدر بل لازم لان تفرق الاجزاء
يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان
من الصلابة والرخاوة والله روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء احد بعد ثماني سنين يعني
دعا لهم وهو حقيقة لغوية وقيل انهم لما دفنوا لم تتفرق اعضاؤهم واذا كان اكبر الراي هو المعتبر فان كان
في اكبر رايهم ان اجزاء الميت تفرقت قبل ثلاثة ايام لا يصلون عليه الى ثلاثة ايام وان كان في رايهم انها لم تتفرق

بعد

بعد ثلاثة ايام يصلى عليه بعد ثلاثة ايام قال رحمه الله والصلاة ان يكبر تكبيرة الصلاة
على الميت اربع تكبيرات يحمد الله عقيب التكبيرة الاولى ولم يعين نوعا من الثناء بخلاف سائر الصلوات
فانه يقول فيها سبحانك اللهم الى اخره كما مر فقد اختلفوا في هذا بعد التحريم فقال بعضهم يحمد الله
تعالى كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره كما في الصلاة المعهودة
وارى انه مختار المصنف اشار اليه بقوله والبداية بالثناء فان المعهود من الثناء ذلك ولا يرفع
يديه في التكبيرات الا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم لان الثناء
على الله يعقبه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب ثم يكبر
تكبيرة ثالثة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا الى اخره ان كان يحسن
ذلك والا فيأتي باي دعاء شاء لان الثناء على الله والصلاة على النبي يعقبه الدعاء والاستغفار
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد احدكم ان يدعو فليحمد الله وليصل على النبي ثم يدعو
ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم كبر اربعا في اخر صلاة صلاها فنسخت ما
قبلها وكان ما بعد التكبيرة الرابعة اوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعاء سوى السلام
في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ ان يقال ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة
وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم ان يقول ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا
الاية ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا انه عليه السلام
كبر اربعا في اخر صلاة صلاها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا كبر خمسا
فيتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت ان الصحابة تشاوروا فرجعوا الى اخر صلاة
صلاها فصار ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطا واذا لم يتابعه ماذا يصنع
في رواية عن ابي حنيفة يسلم للحال تحقيقا للمخالفة وفي اخرى ينتظر تسليم الامام ليصير
متابعا فيما وجب المتابعة فيه قال المصنف وهو المختار وقوله والاتيان بالدعوات يعني بعد
التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود هو الدعاء والبداية بالثناء والصلاة على النبي صلى الله
عليه وسلم سنة الدعاء تحصيلا للاستجابة فانه روي انه صلى الله عليه وسلم راى رجلا فعل هكذا
بعد الفراغ من الصلاة فقال عليه السلام ادع فقد استجيب لك وعلى هذا لا يستغفر للصبي
لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا اي اجرا يتقدمنا واصل الفرط فيمن يتقدم الواردة
ومنه الحديث انا فرطكم على الحوض اي متقدمكم واجعله لنا ذخرا اي اجرا باقيا واجعله لنا شافعا
مشفعا اي مقبول الشفاعة وقوله ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين ظاهر وحاصله ان الحاضر
بعد التكبيرة الاولى عند ابي يوسف كالمسبوق والمسبوق ياتي بتكبيرة الافتتاح اذا انتهى الى
الامام فكذا هنا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلاة ولهذا
قيل اربع كاربع الظهر والمسبوق لا ياتي بما فاته قبل فراغ الامام فينتظر حتى يكبر الامام
فيكبر معه وتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته
من تكبيرة او تكبيرتين ياتي به بعدما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس وقوله اذهب اي الاجل

فاته قبل اداء ما ادرك مع الامام منسوخ وقوله ولو كان حاضرا اى المدرك فاتته التكبيرة لا ينتظر
الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارنة وثمرة قضاء التكبير
الفائتة ان لا ترفع الجنازة لان الصلاة لا تجوز بعد رفعها وفايدة هذا الاختلاف يظهر فيما
اذا سلم الامام فان عند ابى حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل ان ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها
وعند ابى يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا بشئ لانه يكبر عند الدخول ولو كان مسبوقا
باربع تكبيرات وجاء قبل ان يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلاة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا
بقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول ابى يوسف يكبر
ويشرع فى صلاة الامام ثم ياتى بالتكبيرات بعد ما سلم قبل ان ترفع الجنازة قال رحمه الله
ويقوم الذى يصلى على الرجل والمرأة بحذاء الصدر كلامه واضح والوسط قال صاحب النهاية بسكون
السين لانه اسم مبهم لداخل الشئ ولذا كان ظرفا يقال جلست وسط الدار بسكون وهو المراد
بخلاف المتحرك لانه اسم لعين ما بين طرفى الشئ وليس بمراد والنعش شبه المحفة مشبك يطبق
على المرأة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب وقوله لانه دعاء يعنى فى الحقيقة ولهذا
لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كساير الاركان وفى الاستحسان لا يجزيهم يعنى
يجب عليهم الاعادة لما ذكر فى الكتاب وقوله ولا باس بالاذن اى باذن الولى لغيره بالامامة اذا
حسن ظنه بتخصصان فى تقديم من يرضى ولثواب وشفاعته اجره لان الصلاة على الميت
حقه فجاز ان ياذن لغيره وقيل معناه لا باس باذن الولى الناس بالانصراف بعد الصلاة اذ لا يسعهم
الانصراف عنها قبل الدفن الا باذن الولى وقوله وفى بعض النسخ اى نسخ الجامع الصغير بالاذان
اى اعلام الاقارب والجيران قال صلى الله عليه وسلم اذا مات احدكم فاذنونى بالصلاة اى اعلمونى
وقد استحسن بعض المتاخرين النداء فى الاسواق للجنازة التى يرغب الناس فى الصلاة عليها
كالزهاد والعلماء وقوله ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة اذا كانت الجنازة فى المسجد فالصلاة
عليها مكروهة باتفاق اصحابنا وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقى
فيه لم يكره بالاتفاق وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعى
لا يكره على كل حال لما روى انه لما مات سعد بن ابى وقاص امرت عايشة بادخال جنازته المسجد
حتى صلت عليها ازواج النبى صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا
ما فعلنا قال نعم فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل
ابن البيضا الا فى المسجد ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة
فى المسجد فلا اجر له وحديث عايشة مشترك الالزام لان الناس فى زمانها المهاجرة والانصار
قد عابوا عليها فدل على ان كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتاويل صلاته عليه السلام على
جنازة سهيل فى المسجد انه كان معتكفا فى ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة فوضعت
خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره ان يصلى الناس عليها فى المسجد
لما ذكره وقوله ولانه بنى لاداء المكتوبات دليله معقول لان على ذلك وقع اختلاف المشايخ

فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا اليهما فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كان مختصا
ولا يلزمنا النفل فى المسجد لانه تبع للمكتوبات ومن نظر الى الثانى حكم بعدمها لان العلة وهو التلويث
لم يوجد فان قيل حديث ابى هريرة مطلق فالتعليل بالتلويث فى مقابلة النص وهو باطل فالجواب
ان قوله عليه السلام فى المسجد يحتمل ان يكون ظرفا للصلاة فكان دليلا للاولين ويحتمل ان يكون ظرفا
للجنازة فلا يكون منافيا لتعليل الاخرين وقوله ومن استهل على بناء الفاعل والاستهلال ان الصبى
ان يرفع صوته بالبكاء عند ولادته وذكر فى الايضاح هو ان يكون منه ما يدل على حياته من بكاء او تحريك
عضو او طرف عين وكلامه واضح وقوله لانه نفس من وجه دليل غير ظاهر الرواية وهو عن ابى يوسف
وتقريره انه فى حكم الجزء من وجه وفى حكم النفس من وجه فيعطى حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفوس
يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار وقوله واذا سبى صبى يعنى اذا سبى
صبى فلا يخلو اما ان يكون مع احد ابويه اولا فان كان الاول فمات لم يصل عليه لانه كافر تبعا للابوين
لقوله صلى الله عليه وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين
الا ان يقر بالاسلام وهو ان يعقل الصفة المذكورة فى حديث جبريل عليه السلام وهو ان تؤمن بالله
وملائكته وكتبه ورسله واليوم الاخر والقدر خيره وشره من الله تعالى وقيل معناه يعقل المنافع
والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير والكفر ضلال واتباعه شر لانه صح اسلامه استحسانا
وان لم يصح قياسا كما هو مذهبنا فيه على ما عرف فى الاصول وقوله او يسلم عطف على قوله الا ان يقر
يعنى انه اذا اقر بالاسلام وهو يعقل او يسلم احد ابويه صار مسلما لما روينا وان كان الثانى صلى
عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما فى اللقيط على ما سيجئ فان قيل اذا كانت الدار مما يتبع
فلم تتبع وان سبى معه احد ابويه ترجيحا للاسلام كالابوين اذا كان احدهما مسلما اجيب بان
تاثير الدار فى الاستتباع دون تاثير الولادة لان النبى صلى الله عليه وسلم حكم باستتباع الابوين
دون الدار مع قيام الدار ولو لم يكن كذلك لما حكم بكون صبى فى دار الاسلام اصلا وكلامنا ترى ابواه
لبيت الكلام لاختلاف الدينين ولم يذكر المصنف تبعية اليد بعد تبعية الدار فانه لو وقع فى الغنيمة
صبى فى سهم رجل فى دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد وصاحب المحيط
قدم تبعية اليد على تبعية الدار وقوله وان مات الكافر وله ولى مسلم اى قريب لان حقيقة الولاية
منفية قال الله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء واطلق ليتناول كل قريب له من ذوى
الفروض والعصبات وذوى الارحام وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر فى الاصل كافر
مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من اقربائه الكفار من يتولى امره فان كان
ثم احد منهم فالاولى ان يخلى المسلم بينه وبينهم يصنعون به ما يصنعون بموتاهم بذلك ورد
على ما روى انه لما مات ابو طالب جاء على الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان عمك الضال
وفى رواية ان الشيخ الضال قد مات فقال عليه السلام اغسله وكفنه وواره ولا تحدث به حدثا
حتى تلقانى اى لا تصل عليه وقوله لكن يغسل غسل الثوب النجس يعنى لا يغسل كغسل المسلم
من البداية بالوضوء وبالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب فى غسل النجاسة ولا يكون

الغسل طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلاته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعد
غسله جازت صلاته وتلف في خرقة يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور والله تعالى اعلم

فصل في حمل الجنازة

اذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمها الاربع بذلك وردت السنة
وهي ما روي عن ابن مسعود من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة
حتى لو لم يتبعه احد كانوا هولاء جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم يحمل كما تحمل الاحمال وفيه
الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي السنة ان يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل
على ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين قلنا كان ذلك
لازدحام الملائكة فكان الطريق ضيقا حتى روي انه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس اصابعه
وصلوه قد منه فكانت حالة ضرورة ونحن نقول به وقوله ويمشون به مسرعين دون الخبب
ضرب من العدو دون العنق لان العنق خطو فسيح واسع لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يك شرا
وضعتموه عن رقابكم او قال فبعدا لاهل النار والخبب مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا
بالمتبعين والمشي خلف الجنازة افضل وقال الشافعي قدامها افضل لان ابا بكر وعمر كانا يمشيان
امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي كان يمشي
خلف الجنازة وقال ابن مسعود فضل المشي خلف الجنازة على المشي امامها كفضل المكتوبة
على النافلة وفعل ابي بكر وعمر محمول على التيسير على الناس لان الناس كانوا يتحرزون عن المشي
امامها فلو اختار المشي خلفها لضاق الطريق على من يشيعها وهكذا اجاب علي رضي الله عنه حين قيل
ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة قال يرحمهما الله قد عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما
ارادا ان ييسرا الامر على الناس وقوله واذا بلغوا الى قبره ظاهر وقوله فاذا وضعت عن اعناق الرجال
جلسوا وكره القيام وقوله وكيفية الحمل ان تضع الجنازة هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب
خاطب ابو حنيفة ابا يوسف قال يعقوب رايت ابا حنيفة يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا
دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو افضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله
عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا ولان حمل الجنازة عبادة فينبغي ان يتبادر
اليها كل احد وذكر شيخ الاسلام انما اريد بالمقدم يمين الميت ثم قال فاذا حملت جانب السرير
الايسر فذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت يوضع عليها على قفاه فكان
يمين الميت يسارها ويساره يمينها ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداية بالايمن المقدم وذلك
يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شيء والمقدم ايضا
اول الجنازة والبداية بالشيء انما يكون من اوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم
احتاج الى المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه رجحان
التيامن ايضا فبقي جانبان الايسر المقدم والايسر المؤخر فيختار تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر
لان فيه الختم بالايسر المؤخر والختم بذلك اولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها افضل

تماما

تماما وقوله وهذا اي حملها على الوجه المذكور في حالة التناوب يعني عند وفور الحاملين
ليدفع الجانب الذي حمله الى غيره وينتقل الى الجانب الاخر والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الدفن

اصل هذه الافعال اعني الغسل والتكفين والدفن في بني ادم عرف بفعل
الملائكة عليهم الصلاة والسلام في حق ادم عليه السلام روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لما توفي ادم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة
موتاكم لحد الميت والحده جعله في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر ويلحد الميت ولا يشق
له خلافا للشافعي فانه يقول بالعكس لتوارث اهل المدينة الشق دون اللحد ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما فعل اهل المدينة الشق لضعف اراضيهم بالبقيع وصفة
اللحد ان يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف
وصفة الشق ان يحفر حفيرة في وسط القبر فيوضع فيها الميت وقوله ويدخل مما يلي القبلة يعني توضع
الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة ان يسل الى
قبره وصفة ذلك ان توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون راس الميت بازاء موضع قدميه من القبر
ثم يدخل الرجل الاخذ في القبر فياخذ براس الميت ويدخله في القبر اولا ويسل كذلك وقيل صورته
ان توضع الجنازة في مقدم القبر حتى تكون رجلا الميت بازاء موضع راسه من القبر ثم يدخل الاخذ
في القبر فياخذ برجلي الميت ويدخلهما القبر اولا ويسل كذلك واحتج بما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم سل الى قبره ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا تعليل في مقابلة النص
وهو باطل لان الرواية في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم في قبره مضطربة روى ابراهيم النخعي ان النبي
صلى الله عليه وسلم ادخل قبره من قبل القبلة ورووا بخلافه وروي عن ابن عباس مثل مذهبه وروي
عنه ايضا مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة
رسول الله اي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك كذا في المبسوط قال المصنف كذا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة في القبر قال صاحب النهاية والصحيح انه وضع
ذا البجادين لان ابا دجانة مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة ابي بكر هكذا ذكر في التاريخ
وقوله ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن علي انه قال مات رجل من بني عبد المطلب
فقال عليه السلام يا علي استقبل به القبلة استقبالا وقوله وتحل العقدة يعني عقدة الكفن لخوف
الانتشار لوقوع الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن وقوله
ويسجى قبر المراة التسجية التغطية يسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب
وقد صح ان قبر فاطمة رضي الله عنها سجي بثوب ولا يسجى قبر الرجل وقال الشافعي يسجيها روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم سجى قبر سعد بن معاذ ولنا ما روي عن علي انه مر بميت وقد سجي قبره
فنزعه وقال انه رجل يعني ان مبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب وتاويل قبر سعد بن
معاذ ان كفنه ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع لاحد على شيء من اعضائه وقوله ويكره
الاجر والخشب هذا ظاهر الرواية وقوله لانهما اما الاجر والخشب لاحكام البناء والقبر موضع البلى

ومنهم من فرق بينهما فكره الآجر من حيث عدم التفاؤل به لمساسه النار دون الخشب لعدم فيه فكان
المصنف اشار الى ذلك بقوله ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ورد بان مساس النار لا يصلح علة للكراهة
فان السنة ان يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار قال شمس الائمة السرخسي والاول اوجه
يعني التعليل باحكام البناء لانه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال الآجر ورفوف الخشب وهي الكراهة
ولا يوجد معنى النار فيها قوله وفي الجامع الصغير يستحب اللبن والقصب انما صرح بلفظ الجامع
الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري لان رواية القدوري لا تدل على الاستحباب بل على نفي الشدة
لا غير ورواية الجامع الصغير تدل عليه ولان رواية القدوري لا تدل على جواز الجمع بينهما ورواية
الجامع الصغير تدل لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن اي حزمة من القصب وقوله ثم يهال التراب
عليه يقال هلت الدقيق في الجراب صببته من غير كيل وكل شيء ارسلته ارسالا من رمل او تراب او
طعام او نحوه قلت هلته اهيله هيلا فانهال اي جرى فانصب ومنه يهال التراب اي يصب وقوله
ويسنم القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا قوله ولا يسطح اي لا
يربع وقال الشافعي يربع ولا يسنم لما روي ان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي جعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم قبره مسطحا ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن
ابراهيم النخعي انه قال اخبرني من راى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر ابي بكر وعمر مسنمة عليها فلق من
مدر بيض عليه الرآي ولم يعينه لانه كان في الرآيين كثرة وتاويل تسنيم قبر ابراهيم انه صلى الله عليه وسلم
سطح قبره اولا ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط والله تعالى اعلم

فصل في الشهيد

المقتول ميت باجله عند اهل السنة وانما بوب للشهيد بحياله لاختصاصه بالفضيلة فكان
اخراجه من باب صلاة الميت بباب على حدة كاخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة
يشهدون موته اكراما له فكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل
لانه حي عند الله حاضر وهو في اصطلاح الفقهاء من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله
المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون يعني باي آلة كانت ومن في معناهم اهل البغي
وقطاع الطريق للخروج عن طاعة الامام وقوله وبه اثر اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم
من العين ونحوها وقوله او قتله المسلمون ظلما احتراز عما قتله المسلمون رجما او قصاصا وقوله ولم
يجب بقتله دية احتراز عن شبه العمد والخطا وحكمه انه يكفن بالاتفاق ولا يغسل اذا كان في معنى شهداء
احد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي اما التكفين فهو سنة في موتى بني آدم فان كان عليه
ثياب لم تنزع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم وفي رواية بثيابهم وينزع الفرو
والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون اتماما
للكفن على ما نذكر واما عدم الغسل فلانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم
ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في
معناهم فيلحق بهم والتقييد بالحديدة انما هو اذا كان القتل من المسلمين واما من اهل الحرب والبغي
وقطاع الطريق فليس بشرط كما تقدم لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرطه

عند ابي

عند ابي حنيفة ان يكون طاهرا لانه اذا كان جنبا يغسل على ما نذكر في الكتاب وشرطه ان لا يكون
مرتثا على ما نذكره واما الصلاة عليه فقد خالفنا الشافعي وقال السيف محاء للذنوب فاغنى
عن الشفاعة وقلنا الصلاة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بالكرامة وقوله والطاهر
عن الذنوب جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وهو ظاهر وقوله ومن قتله اهل الحرب ظاهر
مما ذكرنا واعترض بان من قتله اهل الحرب فهو في معنى شهداء احد فباي شيء قتلوه لم يغسل
واما اهل البغي وقطاع الطريق فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم في معنى شهداء احد فيشترط
الحديدة او الآلة التي لا تلبث في ثبوت الشهادة واجيب بان كلا من الفريقين لما امرنا بقتالهم
الحق بقتال اهل الحرب قال الله تعالى في اهل البغي فقاتلوا التي تبغي الاية وقال صلى الله عليه وسلم
في قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد واذا كان قتالهما مامورا
به صار كقتال اهل الحرب وفي قتال اهل الحرب الحكم تعميم الآلة فكذا في قتالهما وقوله لان ما
وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة والثاني اي الغسل
بسبب الموت لم يجب لان الشهادة تمنعه فان قوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم لم يفصل
بين الشهيد الجنب وغيره ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة
الا يرى انه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل لو لم يكن
رافعا لو بقي الحدث اذا استشهد واللازم باطل فكذا الملزوم واجيب بانه لا يلزم من
ان لا يكون رافعا للاعلى ان لا يكون رافعا للادنى وبانه ثبت بالنص فقد صح ان حنظلة لما
استشهد جنبا غسلته الملائكة فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم اهله عن حاله فقالت نعم
انه اصاب مني فسمع الهيعة فاعجلته عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال صلى الله عليه وسلم
هو ذاك الهيعة الصوت الذي يفزع منه فان قيل الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ولو كان
ذلك واجبا لامر عليه السلام باعادة غسله اجيب بان الواجب هو الغسل واما الغاسل فيجوز كائنا
من كان الا يرى ان الملائكة لما غسلوا آدم تادى به الواجب ولم يعد اولاده غسله وقوله وعلى هذا
الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعني عندهما لا يغسلان لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني
لم يجب بالشهادة وعنده يغسلان لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة وكذا قبل الانقطاع
في الصحيح من الرواية فان عن ابي حنيفة فيه روايتين في رواية لا يغسلان لان الاغتسال ما كان
واجبا عليهما قبل الانقطاع وفي رواية وهو الاصح يغسلان لان الانقطاع حصل بالموت
والدم السائل يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله وعلى هذا الاختلاف الصبي على ما ذكرنا
وقوله بهذه الكرامة اي بسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء اثر مظلوميته
في القتل فكان اكراما له والمظلومية في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة ولابي حنيفة ان السيف
كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم
ومن لم يكن في معناهم غسل قوله ولا يغسل عن الشهيد دمه ظاهر وقوله وينزع عنه الفرو الى آخره
مذهبنا وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء واستدل باطلاق قوله عليه السلام زملوهم من غير فصل ولنا

ما روي في السنن عن ابن عباس قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد و
والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم واذا تعارضا صرنا الى القياس وهو معنا على ما ذكرنا في الكتاب
وقوله ويزيدون وينقصون ما شاؤا اي يزيدون ما شاؤا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون
وينقصون ما شاؤا اي اذا كان زايدا على العدد المسنون وقوله ومن ارتث هو من قولهم ثوب رث
اي خلق وكلامه ظاهر وقوله ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كذلك وانما قيد بامور الاخرة لانه لو اوصى
بشيء من امور الدنيا يغسل بالاتفاق وقوله الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اي حينئذ لا يغسل قيل
هذا اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لان الواجب
هنالك الدية والقسامة على اهل المحلة ولفظ الكتاب يشير اليه هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص
ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم وهو ان القصاص عقوبة والعاقل لا يتخلص عن العقوبة
ظاهرا اما في الدنيا ان وقع الاستيفاء او في العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا
عن الشهادة لانسد بابها وهو باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس في معنى شهداء
احد اذ لم يجب بقتلهم شيء ومن ليس في معناهم غسل اجيب بان فايدة القصاص ترجع الى ولي
القتيل وساير الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شيء كما لم يحصل لشهداء احد بخلاف الدية
فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه وقوله وعند ابي يوسف ومحمد ما لا
يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر ان يقتل بالحديد عندهما بل المثقل من
الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل في المصر ظلما اذا عرف قاتله وعلم انه قتله
بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابي حنيفة لا يجب القصاص في القتل بالمثقل ويعرف
في الجنايات وقوله ومن قتل في حد او قصاص غسل لما روي ان ماعزا لما رجم جاء عمه الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تامرني ان اصنع به فقال عليه الصلاة
والسلام لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب فغسله
وكفنه وصل عليه ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء احد
لانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم وقوله ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق
لم يصل عليه وقال الشافعي يصلى عليه لانه مؤمن الا انه مقتول بحق كالمقتول في رجم او قصاص ولنا
ان عليا لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له اهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا
اشار الى انه انما ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك
على خشبته عقوبة وزجرا لغيره والله اعلم

باب الصلوة في الكعبة

قد تقدم في اول باب صلاة الجنازة وجه تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلاة في الكعبة جايزة فرضها
ونفلها عندنا خلافا للشافعي فيهما قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب فان
الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي في كتبهم ولم يورد
احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب واجيب بان مراده ما اذا توجه الى الباب
وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو خير من الحمل على السهو لان اطلاق

كلامه ينافيه قوله ولمالك في الفرض يعني انه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلوة
فيها جايزة من حيث انه استقبل بعضا وفاسدة من حيث انه استدبر آخر والترجيح لجانب الفساد
احتياطا في امر العبادة وهو القياس في النفل ايضا الا انه ترك لورود الاثر فيه وبناه على
المساهلة فانه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام فالفرض ليس في معناه فلا يلحق به ولنا انه
صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح رواه بلال ولئن كان نفلا فالفرض
في معناه فيما هو من شرط الجواز دون الاركان ولانها صلاة استجمعت شرايطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد اذا لم
يستقبل بعضها لانتفاء المامور به وهو استقبال المشروط منها واما اذا استقبل فممنوع
فانه اتى بما امر به وقوله فان صلى الامام بجماعة فيها الصلاة بالجماعة في جوف الكعبة لا تخلو عن
اوجه اربعة اما ان يكون وجهه الى ظهر الامام او الى وجه الامام او يكون ظهره الى ظهر الامام او الى
وجهه والاول والثالث جايز بلا كراهة والثاني بكراهة والرابع لا يجوز اما جواز الاول فظاهر
واما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام واما الكراهة فلتشبهه
بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك واما جواز الثالث
فلما ذكره في الكتاب بانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطا قيل وهذا ليس بكاف لان
من جعل ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطاء
ومع ذلك فلا تجوز صلاته وكان الواجب ان يقول وهو غير متقدم عليه والجواب انه لما علل عدم
الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الامام دل على انه مانع فاقتصر عن ذكره في الاول اعتمادا على
انه يفهم من الثاني وقوله بخلاف مسئلة التحري يعني اذا صلوا في ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره
الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لا تجوز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطاء وقد مر في باب شروط
الصلاة وقد ظهر وجه عدم جواز الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام او يساره
فهو ايضا جايز وهو ظاهر وقوله واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وفي بعض
النسخ فتحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى وقوله فمن كان منهم اقرب جازت اذا صلى واما قوله
تحلق بلا فاء فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزاء الشرط
وقوله فمن كان جملة اخرى شرطية عطفت على الاولى وقوله اذا لم يكن في جانب الامام يشير الى انه اذا كان
في جانبه لم يجز لوجود التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم
والتاخر من الاسماء الاضافية فلا يظهران الا عند اتحاد الجهة وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية
وليس للاضافة تقيد بالجهة وقال بعضهم لان عند اتحاد الجهة كان في معنى من جعل ظهره الى وجه
الامام وهو جيد وقوله ومن صلى على ظهر الكعبة اي على سطحها ولعل اختيار لفظ الظهر لورود
لفظ الحديث به على ما نذكره اراد ان من صلى على سطح الكعبة جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة
وقال الشافعي لا يجوز الا ان تكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر في جواز التوجه اليها للمصلي البناء
وعندنا ان القبلة هي الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لانه ينقل

الاير ان من صلى على ابى قبيس جازت صلاته ولا شئ من بناء الكعبة بين يديه قيل على انه لا معتبر
بالبناء وقوله الا انه يكره استثناء من قوله جازت صلاته وتذكير الضمير بتأويل فعل الصلاة
او اداؤها لما فيه اى فى التعلى على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهى عنه قيل يعنى عن ترك التعظيم وقيل
عن اداء الصلاة على ظهرها لما روى عن ابى هريرة انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فى سبعة
مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله والله تعالى
اعلم بالصواب **كتاب الزكاة** قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله فى قوله
تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة ولان الصلاة حسنة لمعنى فى نفسها بدون الواسطة والزكاة
ملحقة بها وموضعه اصول الفقه والزكاة فى اللغة عبارة عن النماء يقال زكى الزرع اذا نما وفى
عرف الفقهاء اسم لفعل اداء حق يجب للمال يعتبر فى وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب
وهو من صفات الافعال دون الاعيان وقد تطلق على المال المؤدى لان الله تعالى قال واتوا الزكاة
ولا يصح الايتاء الا فى العين وسببها ملك النصاب النامى وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام
والخلو عن الدين وكمال النصاب بحولان الحول وصفتها الفريضة وحكمها الخروج عن عهدة التكليف فى الدنيا
والنجاة عن العقاب والوصول الى الثواب فى العقبى **قال** رحمه الله الزكاة واجبة
على الحر الزكاة واجبة اى فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تعالى واتوا الزكاة والسنة المعروفة
بنى الاسلام على خمس الحديث واجماع الامة لم ينكرها احد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت باخبار الاحاد او لان
استعمال احدهما فى موضع الاخر جائز مجازا وانما قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب فانه ملك المولى
واما المكاتب فله ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكا ناقصا وكلامه
فيه ظاهر قوله فادير الحكم عليه يعنى يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى اذا ظهر النماء
او لم يظهر تجب الزكاة وقوله ثم قيل هو واجب على الفور هو قول الكرخى فانه قال يأثم بتاخير الزكاة
بعد التمكن وروى عن محمد من اخر الزكاة من غير عذر لا تقبل شهادته فرق بينها وبين الحج وقال
لا يأثم بتاخير الحج ويأثم بتاخير الزكاة لان فى الزكاة حق الفقراء فيأثم بتاخير حقهم اما الحج خالص
حق الله وروى هشام عن ابى يوسف انه لا يأثم بتاخير الزكاة ويأثم بتاخير الحج لان الزكاة غير موقتة
اما الحج فهو موقت كالصلاة فربما لا يدرك الوقت فى المستقبل وموضعه اصول الفقه وقوله
وليس على الصبى والمجنون زكاة هو الموعود بقوله لما نذكره وقوله هى غرامة مالية اى وجوبها مالى
استعار لفظ الغرامة للوجوب لان حقيقة الغرامة هى ان يلتزم الانسان ما ليس عليه كانه يقول الزكاة
واجب مالى وكل ما هو واجب مالى يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكاة تجب عليه ويؤديه
عنه الولى وهو قول ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ولنا انها عبادة لان العبادة هى ما يأتى به العبد على
هوى نفسه تعظيما لامر ربه والزكاة كذلك وقد قال صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس الحديث وعدها منها
عبادة بالاتفاق فكذلك هى وكل ما هو عبادة لا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا للابتلاء ولا اختيار لهما
لعدم العقل وهو قول على وابن عباس فان قيل الصلاة والصوم والايمان على اصلكم يصح من الصبى فاما

ان يكون باختيار او غيره فان كان الاول فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار وان كان الثانى انتقض
قولكم وكل ما هو عبادة لا تتأدى الا بالاختيار فالجواب انها انما تصح باختيار قوله فلتصح الزكاة
بمثله من الاختيار قلنا غير متصور لان ذلك اختيار لا يستلزم ضررا لعدم الوجوب عليه وهذا
الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك وقوله بخلاف الخراج جواب عن قوله وصار كالعشر
والخراج وقوله ولذا الغالب فى العشر معنى المؤنة لما ان سبب وجوب العشر الارض النامية
بالخارج فباعتبار الارض وهى الاصل كانت المؤنة اصلا وباعتبار الخارج وهو وصف الارض
كان شبيها بالزكاة والوصف تابع للموصوف فكان فى معنى العبادة تابعا فان قيل سبب
وجوب الزكاة النصاب النامى والنصاب اصل والنماء وصف ومع ذلك لم يلحق فى الزكاة
معنى المؤنة اصلا فالجواب ان المؤنة ما يحتاج اليه للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سببا
لبقاء المال وتمامه قررناه فى التقرير وقوله ولو افاق يعنى المجنون فى بعض السنة فهو بمنزلة
الافاقة فى بعض الشهر يعنى اذا كان مفيقا فى جزء من السنة اولها او آخرها قل او كثر بعد ملك
النصاب تلزمه الزكاة كما لو افاق فى جزء من شهر رمضان فى يوم او ليلة لزمه صوم الشهر كله
فى قول محمد ورواية عن ابى يوسف لما ان السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة فى جزء
من الشهر كالافاقة فى جميعه فى وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا وعن ابى يوسف انه يعتبر
اكثر الحول فان كان مفيقا فيه فقد غلب الصحة الجنون فصار الجنون ساعة فوجبت الزكاة
وان كان مجنونا فيه كان كالمجنون فى جميع السنة ولا فرق بين الجنون الاصلى وهو ان يدرك
مجنونا والعارضى وهو ان يدرك مفيقا ثم يجن على ظاهر الرواية يعنى اذا افاق فى بعض السنة
وجبت الزكاة سواء كان الجنون اصليا او عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول ابى يوسف لان المعتبر
عنده الافاقة فى اكثر السنة من غير نظر الى الاصلى والعارضى وعن ابى حنيفة فى الاصلى انه يعتبر
الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبى اذا بلغ لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة
بمنزلة بلوغ الصبى واما اذا طرأ الجنون فان استمر سنة سقط لانه استوعب هذه التكاليف
وهى الصلاة والصوم والحج وان كان اقل من ذلك لم يعتبر **قال** رحمه الله وليس
على المكاتب زكاة قد ذكرنا ان المكاتب ليس له ملك تام فلا تجب عليه الزكاة ومن عليه دين محيط
بماله وله مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكاة او للعباد كالقرض وثمن المبيع وضمان
المتلف وارش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء كان حالا او مؤجلا
فلا زكوة عليه وقال الشافعى تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان المديون مالك لماله لان
دين الحر الصحيح يجب فى ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا ملك التصرف فيه كيف شاء ولنا انه مشغول
بحاجته الاصلية اى معد لما يدفع الهلاك حقيقة او تقديرا لان صاحبه محتاج اليه لاجل قضاء
الدين دفعا للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوما كالماء المستحق لنفسه
بالعطش لنفسه او دابته وثياب المهنة وهذا ايضا راجع الى نقصان الملك فان لصاحب الدين ان
يأخذه من غير رضى ولا قضاء فكان ملكا ناقصا وقوله وان كان ماله اكثر من دينه ظاهر واعلم ان

ان المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين مستغرق لبعضها صرف اولا الى النقود
فان فضل شيء منه صرف الى العروض التجارة دون السائمة فان فضل شيء منه صرف الى المال القنية
فان كان له نصاب من الابل والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكاة حتى ان في هذه المسئلة يصرف الدين
الى الابل والغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الى الغنم وان شاء الى الابل لاتحاد
الواجب فيهما والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان انفع للفقير لا يصرف الدين اليه وقوله والمراد
دين له مطالب بالظاهر وقوله حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك صورته رجل ملك مائتي درهم
فمضى عليه حولان ليس عليه زكاة السنة الثانية لان وجوب زكاة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها
في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة الاولى ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل اداء
الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة المستفاد لان وجوب زكاة
النصاب الاول دين في ذمته بسبب الاستهلاك فمنع وجوب الزكاة وقوله خلافا لزفر فيهما اي في النصاب
الذي وجب فيه الزكاة وفي النصاب الذي وجب فيه دينا لاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين
مانعين عن الزكاة لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذور والكفارة وقوله ولابي يوسف
في الثاني اي في النصاب الذي وجب فيه دينا لاستهلاك على ما روي عنه اي على ما روى عنه اصحاب
الاملاء وقوله لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه دليلنا
وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتان بعده كانوا يأخذون الى ان فوض عثمان في خلافته اداء الزكاة عن الاموال
الباطنة الى ملاكها لمصلحة وهي ان النقد مطمع كل طامع وفكره ان يفتش السعاة على التجار مستور
اموالهم ففوضها لاداء اليهم وحق الاخذ للساعي بعرض الثبوت في ذلك ايضا فانه اذا مر على
العاشر كان له ان يأخذ منه الزكاة فيطالبه ويحبسه فلذلك منع وجوب الزكاة وبهذا فرق
ابو يوسف بين دين الزكاة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من
جهة العباد لعدم النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت له ولاية المطالبة حينئذ
وقوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية يعني ان الشغل بالحاجة الاصلية وعدم
النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا اما كونها مشغولة بها فلانه لا بد له من دار يسكنها
وثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه اما خلقة كما في الذهب والفضة او بالاعداد للتجارة وليسا
بموجودين ههنا وقوله وعلى هذا كتب العلم يعني انها تمنع وجوبها اذا لم تكن للتجارة سواء كانت
مع اهلها او مع غيره لعدم النماء وعلى هذا فقوله لاهلها غير مفيد ههنا وانما يفيد في حق المصرف
فان اهل كتب العلم اذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز
صرف الزكاة اليه والا فلا وقوله والات المحترفين قيل يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى اثره في
المعمول كالصابون والحرض وغيرهما لكون الاجر حينئذ مقابلا بالمنفعة فلا تعد من مال التجارة
واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفرا او زعفرانا ليصبغ للناس بالاجر وحال
عليه الحول فانه يجب فيه الزكاة اذا بلغ نصابا لان المأخوذ من الاجر مقابل بالعين وقوله لما قلنا

يعني

يعني انها ليست بنامية قال رحمه الله ومن له على آخر دين فجحده سنين
لما فرغ من بيان من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب شرع في بيان الاموال التي لا تجب فيها
وهو ما يسمى ضمارا وهو الغائب الذي لا يرجى فاذا رجي فليس بضمار كذا نقل المطرزي عن
ابي عبيد واصله من الاضمار وهو التغييب والاخفاء ومنه اضمر في قلبه وقالوا الضمار
ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الآبق والمغصوب
اذا لم يكن عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس انما قيد بذلك احترازا
عن مسئلة تأتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله والمدفون
في المفازة اذا نسي مكانه قيد بالمفازة احترازا عن المدفون في ارضه او كرم او بيت على ما يجيء
وقوله لهما اي لزفر والشافعي ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق
لا محالة اما تحقق السبب فلانه ملك نصابا تاما على ما مر واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثم
مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي لا زكاة في المال
الضمار وقوله ولان السبب الى آخره دليل يتضمن الممانعة بان يقال لا نسلم ان السبب قد
تحقق لان السبب هو المال النامي وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف
ولا قدرة على المال الضمار وقوله وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كمال ابن السبيل
وتقريره سلمنا ان السبب قد تحقق ولكن لا نسلم ان المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل
بالوجوب قلنا ممنوع قوله كمال ابن السبيل قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على
التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئا من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله والمدفون
في البيت نصاب اي موجب لوجوب الزكاة لتيسر الوصول اليه لكون البيت بيده بجميع اجزائه
فيصل اليه بحفره وفي المدفون في ارض مملوكة او كرم اختلاف مشايخ بخارا فقيل يجب
لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذرا
كان متعسرا والحرج مدفوع ولو كان الدين على مقر ملي اي غني مقتدر او معسر تجب الزكاة
لامكان الوصول ابتداء اي في الملي او بواسطة التحصيل يعني في المعسر فكان من قبيل اللف
والنشر على السنن وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا يعني من امكان
الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كانت له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضى لانه لا يعد
تاويا لان حجة البينة فوق حجة الاقرار هذا رواية هشام عن محمد وفي رواية اخرى عنه قال لا
تلزمه الزكاة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل وفي
المجاثاة بين يدي القاضي للخصومة ذل والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئا [illegible]
لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب الدين هنالك لا يحتاج
الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب
اي موجب للزكاة عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي اي النداء عليه بانه افلس لا يصح عنده فكان
وجوده كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه بالاتفاق لامكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر

فكذا بعد التفليس وعند محمد لا تجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكاة فيجب لما مضى اذا قبض عندهما رعاية لجانب الفقراء وقوله ومن اشترى جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا تحصل بمجرد النية لانها تصلح لترك العمل دون انشائه وقوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة مبناه ما تقدم فانه اذا اشتراه ونوى قرنت نية العمل واذا ورث ونوى تجردت النية عن العمل لما ان الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى التجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا تكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست بتجارة والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو ايضا على نوعين ببدل مالي كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد او بغير بدل كالهبة والصدقة والوصية فالذي يدخل بغير صنعه لا تعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق والذي يدخل ببدل مالي تعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير بدل فعلى الاختلاف على ما ذكرنا قيل قوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيئا لم تصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى ارضا عشرية او خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيه زكاة التجارة لان نية التجارة فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم تصح بقيت الارض على ما كانت وقوله وقيل الاختلاف على عكسه يعني ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون لها قال رحمه الله ولا يجوز اداء الزكاة الا بنية مقارنة للاداء الزكاة عبادة فلا بد لها من نية ولا معتبر بها الا اذا قارنت العمل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله لان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا فانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم النية في الصوم قوله ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة اي غير ناو لها سقط عنه فرضها استحسانا والقياس ان لا يسقط قيل هو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما في الصلاة وجه الاستحسان ما ذكره ان الواجب جزء منه اي من جميع المال وهو ربع العشر فكان متعينا فيه اي في الجميع والمتعين لا يحتاج الى التعيين ولقائل ان يقول الواجب متعين بتعيين المؤدي او بتعيين الشارع لا سبيل الى الاول لكونه خلاف المفروض والثاني انما يتعين اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وهذا ليس كذلك لان النفل مشروع والجواب انه متعين بتعيين المؤدي بدلالة حاله لكن اطلق نية الحج وعليه حجة الاسلام والمفروض عدم تعيينه نصا لا دلالة ولو سلك ههنا المسلك الذي سلكه في التعريف وهو ان يقال الزكاة سقطت عنه لانه اداها والسقوط عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفي

بطلق

بطلق النية تيسيرا لعله كان استهل ماخذا ولو ادى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد لان الواجب شايع فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض المؤدى غير متعين لجهة الوجوب لان الواجب الذي يخصه لكون الباقي محلا للواجب فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع بلا نية فانه لم يبق ثم مزاحم ولقائل ان يقول الباقي محل للواجب كله او لحصته والاول عين النزاع والثاني هو المطلوب وروى ان ابا حنيفة مع محمد في هذه المسئلة والله اعلم

باب صدقة السوائم

ذكر في المبسوط انه محمد بدا في كتاب الزكاة بزكاة المواشي اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة واراد بها الزكاة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اي رعت سوما واسامها صاحبها اسامة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الابل

بدا في باب صدقة السوائم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لابي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلاث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى ذود كالاضافة في قوله تسعة رهط فكونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع كانه قال تسعة انفس فان قيل الاصل في الزكاة ان تجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس خمس والواجب ربع العشر وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة فاوجب الشاة لانها تقرب من ربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض باربعين فايجابها في خمس من الابل كايجاب الخمس في المائتين من الدراهم قوله فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الا ما روي شاذا عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثوري هذا غلط وقع من رجال علي اما علي فانه افقه من ان يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكوات فان مبناها على ان الوقص يتلو الوجوب وقوله وهي التي طعنت اي دخلت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى في امها لانها صارت مخاضا باخرى اي حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت جذعة بفتح الذال لمعنى في اسنانها معروف عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان التي تؤخذ في زكاة الابل وبعده ثني وسديس وبازل ولا يجب شيء من ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ كرائم اموال الناس واعلم ان من صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل في ذلك بان الشرع جعل الواجب في نصاب الابل الصغار دون الكبار بخلاف الاضحية بدليل انه لا يجوز الاضحية بها وانما يجوز بالثني فصاعدا وكان ذلك تيسيرا لارباب المواشي وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة تعد فضلا في الابل فصار الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم يعتبر الانوثة في البقر

والغنم لان الانوثة فيهما لا تعد فضلا وقوله تستانف الفريضة نصب على الاستيناف انه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان فقوله مع الحقتين قيد فيما يأتي بعده الى قوله بنت مخاض وقوله الى مائة وخمسين يعني من اول النصاب فيكون جملة النصاب مائة وخمسة واربعين الحقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة صار مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق وقوله ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة يعني مع ثلاث حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين قيده بذلك احترازا عن الاستيناف الذي بعد المائة والعشرين فان ذلك ليس فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما لانه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين فلما زاد عليها خمس وصارت مائة وخمسين وجبت ثلاث حقاق وقوله فهذا اي الاستيناف بعد المائة والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين مذهبنا وهو مذهب علي وابن مسعود وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روي انه كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عود ما دونها يعني من غير ان يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ومن غير ان يوجب في الخمس شاة ولنا حديث قيس بن سعد قال قلت لابي بكر محمد بن عمرو بن حزم اخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استانفت الفريضة فما كان اقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وقد عملنا بحديثهم ايضا لانا اوجبنا في الاربعين بنت لبون فان الواجب في الاربعين هو الواجب في ستة وثلاثين وكذلك اوجبنا في خمسين حقة وقوله والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي وانما كانا سواء لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصنف لا يخرجهما من النوع والله اعلم بالصواب

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمي به البقر لانه يشق الارض ولا خلاف في ان الثلاثين والاربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين على ما نذكره والتبيع ولد البقر ما يتبع امه والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم وقوله بحسابه اي بما ذكرنا من التبيع او التبيعة في ثلاثين والمسن او المسنة في اربعين امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين فقد روي عن ابي حنيفة ثلاث روايات ففي رواية الاصل يجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وذلك جزء من اربعين جزءا من مسنة لان الواحدة عشر الاربعين وربع الاربعة واحد فيكون ربع العشر جزءا من اربعين جزءا

الا ان عشر الاربعين اربعة ونصف الاربعة اثنان وفي رواية الحسن عنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع وفي رواية اسد بن عمرو عنه وهو قول ابي يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الاول ان العفو فيما بين الثلاثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص ههنا فاوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص وان كان خلاف موضوع الزكاة ضرورة تعذر اخلائه عن الواجب ووجه رواية الحسن ان مبنى هذا النصاب اي نصاب البقر على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل في الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين والستين كذلك لكنه يخير بين اعطاء ربع مسنة وثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع اربعين فيخير بينهما ووجه رواية اسد وقولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك وقوله ثم في الستين تبيعان الى آخره ظاهر لا يحتاج الى الشرح والله اعلم بالصواب

فصل

قدم فصل زكاة الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه امس لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر والانثى وما في الكتاب ظاهر الكلمات نذكرها قوله والضان والمعز سواء يعني في تكميل النصاب لا في اداء الواجب لما نذكر ان الجذع من المعز لا يجوز وقوله لان النص ورد به يعني ما اتى به كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اربعين من الغنم شاة الحديث وقوله والجذع ما اتى عليه اكثرها روي عن ابي علي الدقاق انه ما طعن في الشهر التاسع وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة اشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني الذي القى ثنيته وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة وقوله وعن ابي حنيفة وهو قولهما يريد به ما روى الحسن عنه وقوله ولانه يتادى بها الاضحية فكذا الزكاة يعني ان باب الاضحية اضيق الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا تجوز وتجوز اخذهما في الزكاة فاذا كان للجذع مدخل في الاضحية ففي الزكاة اولى وقوله وجواز التضحية حواب عن قوله ولانه تتادى به الاضحية يعني ان جواز التضحية بالجذع عرف نصا جيء في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان فلا يتعداها والزكاة ليست في معناها اذ المقصود منها اراقة الدم والجذع يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكاة فلا تلحق بالاضحية دلالة والله اعلم بالصواب وجه تاخيره عن فصل

الغنم قد تقدم وكلامه واضح وقوله هو المنقول اي تأويل ما رواه بفرس الغازي هو المنقول عن
زيد بن ثابت فان هذه الحادثة وقعت في زمن مروان فشاور الصحابة فروى ابو هريرة ليس على
الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة
عجبا من مروان احدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال
زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اراد به فرس الغازي فاما ما حبس لطلب نسلها ففيها
الصدقة فقال كم في كل فرس دينار او عشرة دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر فانه
كتب الى ابي عبيدة بن الجراح يأمره ان يأخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا او عشرة دراهم
وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة فاما في افراسنا فيقومها لا غير فان قيل لو وجبت فيها
الزكاة لكان للامام اخذها جبرا ولوجبت من عينها كما في ساير السوائم وليس كذلك بالاجماع
اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالاخذ ولم يجب
من عينها لان مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير ماكول اللحم عنده وقوله وليس في ذكورها منفردة
زكاة لانها لا تتناسل استشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردات فانها لا تتناسل ووجبت
فيها الزكاة واجيب بان النماء شرط وجوب الزكاة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تناسل
في ذكور الخيل منفردة واما غيرها فالنماء فيه كما يكون به يكون باللحم والوبر فتجب فيه الزكاة فان قيل
فما وجه الرواية التي تجب فيها في الذكور المنفردة ايضا ولا نسل ثم على ما ذكرتم اجيب بان وجهها ان
الاثار جعلتها نظير ساير انواع السائمة فان بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مال
الزكاة فكانت كانواعها وقوله لم ينزل علي فيها شيء روي انه سئل عن الحمير فقال لم ينزل علي فيها
شيء الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

فصل

صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع مكتوبا بخط شيخي وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا
هو انه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم الصغار واقول ليس الفصل بمختص
في ذلك بل في غيره فكان الفصل ههنا كسائر فصول شتى تكتب في اواخر الابواب والفصلان جمع الفصيل
ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها ايضا جمع الحمل ولد الضان
في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول من اولاد البقر حين تضعه امه الى شهر كذا في المغرب
قيل في صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلاثين من العجاجيل او
اربعين من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول اولا على قول ابي حنيفة ومحمد لا ينعقد
وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال الحول عليها من حين ما ملكها وجبت الزكاة وقيل صورتها
اذا كان له نصاب سائمة فمضى عليه ستة اشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقيت
الاولاد هل يبقى حول الاصول على الاولاد عندهما لا يبقى وعند الباقي يبقى وذكر الطحاوي
في اختلاف العلماء عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي حنيفة فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين
حملا فقال فيها شاة مسنة قلت ربما تأتي قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتامل ساعة ثم
قال لا ولكن تؤخذ واحدة منها فقلت او يؤخذ الحمل في الزكاة فتامل ساعة ثم قال لا اذن لا يجب

فيها

فيها شيء فاخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد وعدّ هذا من مناقبه
حيث تكلم في مسئلة في مجلس بثلاثة اقاويل فلم يضع شيء منها ووجه قوله الاول ان الاسم المذكور
في الخطاب يعني قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة ينتظم الصغار والكبار لكونه
اسم جنس كاسم الادمي ولهذا لو حلف لا يأكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث واجيب بان الواجب
قليل من الكثير واخذ المسنة من الصغار ليس كذلك لان قيمتها قد تأتي على اكثر النصاب ووجه
قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها كان اضرارا بصاحب المال
وهي تقتضي عدم الوجوب ولو لم نوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء لان الصغار نصاب فان الكبار
تكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحمير فانها لا يكمل بها نصاب
فلا تكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمينة وانما
نوجب واحدة منها وهذا معنى قوله تحقيقا للنظر من الجانبين ووجه قوله الاخير ما قال ان المقادير
لا يدخلها القياس الى اخره وتقريره ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانها
لا توجد في الصغار واذا امتنع ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا امتنع اصلا لانه لو جاز
لكان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس والفطن يستخرج من هذا جواب ابي يوسف فانه
قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو كان
فيها واحدة من المسان الى اخره يعني انه اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها
نصابا ولا تتأدى الزكاة بالصغار بل يدفع لها من الكبار ان كان على مقدار الواجب بان
اذا كان له مسنان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة واحدة ومائة
وعشرون حملا فعند ابي حنيفة ومحمد يجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا
القياس فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر عُدّ عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها
على كتفه ولا تأخذها منهم فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط وقوله ثم عند ابي يوسف
الى اخره يعني ان الروايات عن ابي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه لا يجب فيها
الزكاة حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحدة منها وذلك بان تبلغ خمسة
وعشرين ثم ليس في الزيادة شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا ثني الواجب وذلك بان
يبلغ ستة وسبعين فحينئذ يجب فيها اثنان ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسانا ثلث
الواجب بان يبلغ مائة وخمسة واربعين فيجب فيها ثلاثة ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين
ووجهه ان الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر السن في الفصلان
فبقي العدد معتبرا قال محمد وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب في خمس
وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله اربعة نصب واوجب في ست وسبعين في موضع اعتبر
ثلاثة نصب بينهما وبين خمس وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو اوجب
كان بالراي لا بالنص وروى ابن سماعة عنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا
فصيل هكذا الى الخمس وعشرين ووجهه انه اعتبر البعض بالجملة وروى عنه انه ينظر في الخمس

الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل
وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلاث شياه واخماس فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربع
شياه ومن اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين تجب واحدة منها وهذا معنى قوله على
هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين قال رحمه الله ومن
وجب عليه سن السن هو المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق ثم استعيرت
لغيره كابن المخاض وابن اللبون وذكر السن واراد ذات السن لما تكون في الحيوان لا في الانسان
لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون
ولم توجد عنده يأخذ المصدق الحقة ويرد الفضل او وجب عليه الحقة ولم توجد يأخذ
بنت اللبون ويأخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على ان الخيار للمصدق
وهو الذي يأخذ الصدقات ولكن الاصح بان الخيار الى من عليه لان الخيار شرع رفقا بمن عليه
لهذا الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخييره فكانه اراد به اذا سمحت نفس
من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما هو الارفق بالفقراء واقول ظاهر ما ذكر في الكتاب
لا يدل على ذلك وانما يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال له ان لا يأخذ ويطالب
بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه بل هو
اعطاء بالقيمة ولا بعد في ان يكون مختار المصنف التفصيل بناء على ما ذكر من الدليل هذا
ان اراد بالكتاب الهداية وان اراد به القدوري فالظاهر منه ليس بمراد كما استدل عليه المصنف
وفي قوله ويرد الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو ان جبران ما بين السنين مقدر
بشاتين عنده او عشرين درهما لقوله صلى الله عليه وسلم من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق
الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما فيما استيسرتا عليه وان لم يجد الا ابنة مخاض
اخذها واخذ شاتين او عشرين درهما فيما استيسرتا عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص
وانما قال عليه السلام ذلك لان التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي كيف
ذلك وربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء او الاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد
شاتين فربما تكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركا للزكاة عليه معنى وهو اضرار بالفقراء واذا اخذ
بنت مخاض وشاتين فقد تكون قيمتهما قيمة بنت اللبون فيكون اخذا للزكاة منهما وابنة المخاض
تكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال قال رحمه الله ويجوز دفع القيم في
الزكاة اداء القيم مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائز لا
على ان القيم بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيم مع وجود
عين المنصوص عليه في ملكه جائز وكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيم وقال الشافعي
لا يجوز الا اتباعا للمنصوص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين شاة شاة كما في الهدايا والضحايا
وقوله ايضا للرزق الموعود مفعول له وخبر ان محذوف اي ثابت او نحوه وروي ايضا لخصوص ان
فعلى النسخة الاولى تقريره كلام الامر باداء الزكاة الى الفقير بقوله آتوا الزكاة لايصال الرزق الموعود

بقوله

بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها اليه ثابت في الواقع والامر بذلك يبطل
تعيين الشاة فالثابت في الواقع يبطل تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله تعالى وعد
ارزاقهم ثم امرهم بايتاء ما اوجب عليهم اليهم انجازا للموعد كما دلت عليه الآيتان واما ان الامر
بذلك يبطل تعيين الشاة فلان المأمور به قربة البتة ووجه القربة في الزكاة سد خلة المحتاج
وهي مع كثرتها واختلافها لا تنسد بعين الشاة فكان اذنا بالاستبدال على ما عرف في الاصول
وفي ذلك ابطال قيد الشاة ويحصل به الرزق الموعود وغيره وعلى الثانية الامر بالاداء
الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه وايصالا لذلك اليه ابطال لقيد الشاة لان الرزق لم ينحصر
في اكل اللحم فكان اذنا بالاستبدال الى آخره فكان هذا كالجزية فانها وجبت لكفاية المقاتلة
ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة فيها اراقة الدم حتى لو هلك
بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست بمتقومة ولا معقول المعنى قال
رحمه الله وليس في العوامل والعلوفة صدقة العلوفة بالفتح ما يعلفون من الغنم وغيرها
الواحد والجمع سواء من علف الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله لم
ظواهر النصوص يعني قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل
الابل وفي اربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي ان النبي صلى الله عليه
وسلم ليس في الابل العوامل صدقة وحديث ابن عباس عنه عليه السلام ليس في البقر العوامل
صدقة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة وهو مذهب علي وجابر
وابن عباس ومعاذ ولان السبب هو المال النامي وهذه الاموال ليست بنامية لان دليل
النماء الاسامة او الاعداد للتجارة والفرض عدمهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله
ولان في العلوفة اي لان السبب هو المال النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها
فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين احدهما انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو
لا يجوز عندكم لكونه نسخا وحملتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم والثاني
ان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد
للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليه الزكاة
في آخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع
الا ترى انه مطلق عن الحول ولا تجب الا به فكانت الآية لبيان وجوب الاخذ وهي فيما عداه
مجمل لحقها الاخبار بيانا لذلك ولم يحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد متأخرا لئلا يلزم
النسخ مرتين فان الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق ينسخه
فعكسناه دفعا لذلك وعن الثاني بان الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى
الاسامة ولا كذلك التجارة ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف
الحول واكثر كانت علوفة اما في الاكثر فلان القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون
بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد والثلج كما في البلاد الباردة واما في النصف فلانه وقع

الشك في ثبوت سبب الايجاب فلا يجب ولا ترجح جهة الوجوب بجهة العبادة لان الترجيح انما
يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي ذكره من الاسامة في حق ايجاب زكاة السوائم انما
يصح ان لو كانت الاسامة للدر والنسل او للتسمين واما الاسامة للتجارة فلا يجب فيها زكاة
السائمة وكذلك في الاسامة للحمل والركوب قوله ولا ياخذ المصدق خيار المال الظاهر وقوله من حزرات
اموال الناس الحزرات بالحاء المهملة والفتحات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال والحاشية
صغار الابل لا كبار فيها وذكر في المغرب خذ من حواشي اموالهم اي من عرضها يعني من جانب من جوانبها
من غير اختيار وهي الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه وتفسير المصنف بقوله اي اوساطها
غير ذلك وهو الحق لقوله ولان فيه نظرا من الجانبين والله اعلم قال ومن كان له نصاب
المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان
له ابل فاستفاد في اثناء الحول بقرا او غنما وانما يستانف له حول بذاته والاول لا يخلو من ان
يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع
وان كان الثاني مثل ان يكون عند رجل مقدار ما تجب فيه الزكاة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس
في خلال الحول بشراء او هبة او ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستانف
له حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجبت فيه الزكاة نصابا كان او لم يكن له انه اصل في حق
الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل وكل ما كان كذلك كان اصلا في الوظيفة كالمستفاد من
خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك حتى ملكت بملك الاصل دون سبب
مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يعني المجانسة يعسر التمييز
لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد لان مراعاته
فيه انما تمكن بعد ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا كان النصاب
دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما ودرهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطنا له
حولا جديدا عاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت ان علة الضم في الاولاد والارباح المجانسة
وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد مر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول وعلى تقدير الضم تجب الزكاة بلا حول اجيب بانا
ما اسقطنا الحول وانما جعلنا حولان الحول على الاصل حولانا على المستفاد تيسيرا فان عورض
بان الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان
هذا الحكم قد ثبت في الامهات بالاولاد فان من كانت له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة
منها قبل الحول شاة فتم الحول وجبت عليه شاتان وكان الواجب على الام وغيرها بسبب
الولد فتبين انه لم يكن بطريق السراية قوله والزكاة واجبة عند ابي حنيفة صورته ظاهرة فان
من كان له تسع من الابل عليها الحول فهلك منها اربع فعليه في الباقي شاة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة ولكل الدليل من الجانبين وقوله ولان
العفو يعني ان العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال اشتمل على اصل

وتبع ثم هلك منه شيء صرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك
منه شيء فانه يصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق وقوله ولهذا اي ولكون الهلاك يصرف
الى التبع قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الى آخره وبيان ذلك ما
اذا كان لرجل اربعون من الابل فهلك منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يجب فيها عشرون جزءا من ستة وثلاثين جزءا من ابنة لبون وقال محمد يجب نصف بنت
لبون مر على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب ولابي يوسف
ان الاربع عفو وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة ان الهالك
يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع والنصاب الاول هو الاصل الا ترى انه لو عجل الزكاة عن نصب
كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول اصل وما زاد كالتابع فاذا هلك
شيء صرف الهلاك الى ما هو التابع فيجب زكاة العشرين وذلك اربع شياه قال رحمه الله
واذا اخذ الخوارج الخراج الخوارج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل بحيث
يستحلون قتل العادل وماله بتاويل القرآن ويدينون ذلك وقالوا من اذنب صغيرة او كبيرة
فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار
جهنم خالدا فيها فاذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها اهل العدل فاخذوا الخراج وصدقة السوائم
ثم ظهر عليهم الامام لا يثني عليهم اي لا يؤخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية
كتب عمر الى عامله ان كنت لا تحميهم ولا تجبهم من جبي الخراج جباية اذا جمعه وافتوا
بان يعيدوها يعني الصدقة دون الخراج وهو اختيار ابي بكر الاعمش لانهم مصارف الخراج
لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو وذبوا عن دار الاسلام واما الصدقات فمصرفها الفقراء
وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط وهو المحكي عن الفقيه
ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جابر قال في الجامع الصغير لقاضيخان وكذلك السلطان
اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه
الزكاة لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا ردوا ما لهم الى من اخذوها منهم لم يبق
معهم شيء والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب والتبعة ما اتبع به وقوله
والاول احوط اي الافتاء باعادة صدقة السوائم والعشر احوط لان في ذلك خروجا
عن عهدة الزكاة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوائم اشارة الى ما نقل التمرتاشي
عن الشهيد ان هذا في صدقة الاموال الظاهرة اما اذا صادره السلطان ونوى هو اداء الزكاة
فعلى قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية اخذ زكاة الاموال الباطنة
والظاهر من كلام المصنف العموم في الاموال الباطنة والظاهرة وقوله وليس على الصبي من بني
تغلب في سائمته شيء بنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر
ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا
الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رايت ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه

علينا فعلت ذلك فشاور عمر الصحابة في ذلك وكان الذي ليسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي قال
يا امير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر على ذلك وقال هذه جزية سموها
ما شئتم فوقع الصلح على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض هذا الصلح بعده
عثمان فلزم اول الامة وآخرهم واذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء ووجه الظاهر ما اشار
اليه في الكتاب انه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يؤخذ
من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم قال رحمه الله
وان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقط الزكاة ش اي ان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت عندنا
وقال الشافعي ان هلك بعد التمكن من الاداء لم يسقط والتمكن منه في الاموال الباطنة بالظفر باهل
الاستحقاق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي في اصح القولين لان الواجب تقرر في الذمة بحصول الوسع
على الاداء ومتى تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد
وهذا بناء على ان الزكاة عنده تجب في الذمة وعندنا في العين وقوله ولانه منعه بعد الطلب دليل آخر
وهذا لان الزكاة حق الله وقد طلبه بالخطاب واذا تمكن من الاداء ولم يؤد كان الهلاك منعا بعد
الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان فكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في
الذمة بل هو جزء من النصاب عملا بكلمة في في قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين شاة شاة تحقيقا
للتيسير فان الزكاة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير ان يكون الواجب
من النصاب اذ الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على اداء الزكاة عن هذا النصاب
لجواز ان لا يكون له مال سواه لا سيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شيء من النقود
لبعدهم عن العمران واذا كان جزءا منه كان النصاب محله فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية
فانه يسقط بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لانها تجب في الذمة
وعورض بان دفع القيم يجوز عندكم ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان القيم ليست
بجزء من النصاب واجيب بان ذلك باعتبار آخر وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم وقوله والمستحق
فقير جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلب فقير بالاداء ولم يؤد حتى هلك المال
لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير بعينه لمالك لا كل فقير لان
للمالك الراي في الصرف الى من شاء من الفقراء ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون ثم منع بعد الطلب
وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الاصول اذا حمل كلامه على
ان المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل فالساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد طلبه
حتى لو هلك وجب ان يضمن ولم تقولوا به اجاب بقوله وبعد طلب الساعي قيل يضمن وهو قول
العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا
وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم التفويت فان المنع ليس بتفويت
لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء من محل آخر بخلاف الاستهلاك فانه فوت محل الحق

على محل

على محل مشغول بحق الغير بالاتلاف فجعل المحل قائما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك
لما وصل الى الفقير شيء لانه كلما وجب عليه الزكاة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بالاهمال وقوله
وفي هلاك البعض يسقط بقدره اي بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل قد ثبت
ان الزكاة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال
اليسر بفوات بعض النصاب وكان الواجب ان لا يبقى عليه شيء كما في ابتداء الوجوب فانه لا يثبت
ببعض النصاب اجيب بان اليسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط
صفة النماء ليكون المؤدى جزءا من المال النامي كيلا ينتقص به اصل المال وانما اشترط اصل
النصاب في الابتداء ليصير المكلف به اهلا للاغناء فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنى
بالنصاب كما عرف في الاصول وانما سقط عند هلاك الكل لفوات النماء الذي تعلق به اليسر
واذا هلك البعض بقي اليسر بقدر النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله وان قدم الزكاة على
الحول اي اداها قبل حولان الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له ان حولان
الحول شرط كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب ولنا انه ادى بعد سبب
الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان وادى الدين المؤجل وحولان
الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه وصار كما اذا كفر بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة
لان ملك النصاب سبب وجوب الزكاة في كل حول ما لم ينتقص وحولان التعجيل باعتبار تمام السبب
وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر
فاذا كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الكل عندنا
وعنده لا يجزئ الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكاة اصل بنفسه فكان التعجيل على النصاب
الثاني كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا ان النصاب الاول هو
الاصل في السببية والزائد عليه تابع له الا ترى ان من كان له نصاب في اول الحول ثم حصل له نصب
في اثناء الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كان تم الحول على النصب كلها ووجب اداء
الزكاة عن الجميع بالاتفاق فلذلك تجعل النصب الاخر كالموجود في اول الحول في حق التعجيل والله
تعالى اعلم بالصواب — لما قدم ذكر زكاة السوائم لما قلنا
اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكاة قال محمد المال كل ما يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة او
شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمصنف ذكر المال واراد غير السوائم على خلاف عرف
اهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى عرف اهل الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم
والله تعالى اعلم بالصواب — قدم فصل الفضة على غيرها لكونها
اكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضر وقيل
هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاضاحي وبالتخفيف افاعل
وكلامه ظاهر وقوله فيكون فيها درهم يعني مع الخمسة وهكذا في كل اربعين درهما درهم لما سبق
عند ابي حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة او كثرت

حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر وبه اخذا
لقول علي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال
والكل مال فاذا قيل فعلام شرط النصاب في الابتداء اجاب بقوله لتحقق الغنى ليصير المكلف به
اهلا للاغنياء بما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوائم في الانتهاء كما شرط
في الابتداء اجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع ولابي حنيفة قوله صلى الله
عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور شيئا قيل معناه لا تاخذ من الشيء الذي يكون
الماخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل
انه قال عقيب هذا في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم فالجواب ان المراد
به ما قبل المائتين وما بعده لانه قال عقيب قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة
دراهم ولا تاخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فتاخذ منها درهما هكذا ذكره ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي ومسند المعاذ بن جبل فيجعل قوله فاذا بلغ الورق الخ في الحديث بيانا وتفسيرا
لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما
دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المائتين لان قبله ليس فيه ولا فيما دونه صدقة وهذا محكم
فلا يعارضه حديث علي لاحتماله ان يراد بالزيادة على المائتين اربعون واحتماله ما ذكروه ولان الخبر
مرفوع وهو واضح وفي ايجاب الكسور ذلك اي الحرج لتعسر الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة
دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فحينئذ لا يقدر على
الاداء في سنتها السنة الاولى فاذا جاءت السنة الثانية وجب عليه زكاة ما بقي من المال بعد الزكاة
لان دينها مستحق وان لم يؤد وذلك مائتا درهم ودرهم وثلاثة وثلاثون جزءا من اربعين جزءا من درهم
واحد وزكاة درهم وثلاثة وثلاثين جزءا من اربعين جزءا من درهم يتعسر الوقوف عليها البتة وقوله
والمعتبر في الدراهم الخ ان الدراهم في الابتداء كانت على ثلاثة اصناف صنف منها كل عشرة منه
عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة اخماس مثقال
وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون
بها فيما بينهم فلما تولى عمر اراد ان يستوفي الخراج بالاكبر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه
ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر وبين ما رامه الرعية فاستخرجوا له
وزن السبعة وهو معنى قوله بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام
به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما جعلوا ذلك لاصل وجوه ثلاثة
احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل واحدا وعشرين مثقالا فاذا اخذت ثلث
ذلك كان سبعة مثاقيل والثاني انك اذا اخذت ثلث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث
الثلاثة المختلفة كانت سبعة مثاقيل والثالث انك اذا القيت الفاضل على السبعة من العشرة اعني
الثلاثة والفاضل ايضا على السبعة من مجموع الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين
اي فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما القيته كانت سبعة مثاقيل

فلما كانت

فلما كانت سبعة مثاقيل عدلا للاوزان فيها ودارت في جميعها بطريق مستقيم اختاروها
وقوله وهو في حكم الفضة واضح وقوله كما في سائر العروض الى آخره يعني انها اذا لم تكن للتجارة ينظر
الى ما يخلص منها من الفضة فان بلغ مائتي درهم تجب الزكاة لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية
التجارة وان كان لا يخلص ذلك فهي كالمضروبة من الصفر كالقمقم لا شيء فيها الا اذا كانت للتجارة
وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فتجب خمسة دراهم والله تعالى اعلم بالصواب

قدم وجه تاخيره عن فصل الفضة وقوله لما روينا اشارة الى قوله في اول الفضة كتب الى معاذ ان
خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة منها
وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الى المثقال لانه في معنى الجمع قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل
سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدراهم في فصل الفضة بقوله وهو ان تكون
العشرة منها وزن سبعة مثاقيل فتوقف معرفة كل منهما على الاخر وهو دور والجواب انه عرف
الدرهم بالمثقال في فصل الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل
وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم
وهو المعروف اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدراهم
ولا دور في ذلك وقوله ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة
الى اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل
فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وهذا نسخة اهل
الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة واصل القيراط
قراط بالتشديد لان جمعه القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف ياء وقوله وهي مسئلة الكسور
يعني التي بيناها في فصل الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة بينهما
الا ان اربعة مثاقيل ههنا قامت مقام اربعين درهما هناك وقوله وفي تبر الذهب والفضة
التبر ما كان غير مضروب منهما والحلي على فعول جمع حلي كثدي في جمع ثدي وهي ما تتحلى به المراة
منهما وقوله وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال يعني الحلي الذي يباح
استعماله لانه مبتذل في مباح وكل ما كان كذلك لا زكاة فيها كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب
مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر فاذا كان موجودا
لا معتبر بما ليس باصل وهو الاعداد لذلك بخلاف الثياب فانه ليس فيها دليل النماء والابتذال
فيها اصل لانه فيه صرفها الى الحاجة الاصلية المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد والله تعالى اعلم

فصل العروض اخرها لانها تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء
عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اي متاعها سوى النقدين وقوله كائنة ما كانت
اي من اي جنس كانت سواء كانت من جنس ما تجب فيه الزكاة كالسوائم او لم تكن كالثياب والحمير
والبغال وقوله ويشترط نية التجارة اي حالة الشراء اما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران
عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا تعمل وقوله يقومها بما هو انفع للمساكين احد الاقوال

في التقويم فان فيه اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة في الامالي ووجهه ما ذكره
بقوله احتياطا لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاة الادنى اذا كان تقويمه باحد النقدين يتم النصاب
وبالآخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء فكذلك هذا كذا في النهاية وهو يخالف تفسير
المصنف للانفع في الكتاب والثاني ما ذكر في المبسوط وهو ان يقوم صاحب المال باي النقدين شاء
ووجهه ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سواء والثالث قول ابي يوسف على ما ذكره
في الكتاب وقوله لانه ابلغ في معرفة المالية لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به الشراء والظاهر
انه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد وهو ان يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني
سواء اشتراها باحد النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد
ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فكذا هذا قوله
واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة قيد بالنقصان
احترازا عن الهلاك فان هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول
كل ما تجب فيه الزكاة كالنقدين والعروض والسوائم وقال زفر لا تجب الزكاة الا ان يكون النصاب من
اول الحول الى آخره كاملا لان حولان الحول على المال شرط للوجوب فكل جزء من الحول بمعنى اوله وآخره
ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن قول زفر لان اشتراط النصاب لابتداء
للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول بمعنى
اوله وآخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف بجعل السائمة علوفة
يسقطها بالاتفاق لان فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب بكله لفوات المحلية
بفوات الوصف وقوله ويضم قيمة العروض قال في النهاية حاصل مسائل الضم ان عروض التجارة يضم
بعضها الى البعض بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك يضم الى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس
كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى البعض بالاجماع وقوله لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة يعني
ان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامي والنماء اما بالاسامة او بالتجارة وليس كلامنا في الاولى
فتعين الثانية وقوله وان افترقت جهة الاعداد يعني ان الافتراق في الجهة بكون الاعداد من جهة العباد
لاعدادها للتجارة وفي النقدين من جهة الله بخلقة الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم
بعد حصول ما هو الاصل وهو النماء ويضم الذهب الى الفضة عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فاذا كان
ما هو ابعد في المجانسة علة الضم وهو العروض فلان يكون في الاقرب اولى وقوله ومن هذا الوجه صار
اي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكاة فكان هذا الوجه مشتركا
بينهما فيوجب الضم ثم اختلف علماؤنا في كيفيته فعند ابي حنيفة يضم بالقيمة وعندهما بالاجزاء وهو رواية
عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة
عنده خلافا لهما واما اذا كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم او من احدهما ثلث ومن الآخر ثلثان
او ربع وثلاثة ارباع فانه يضم بلا خلاف عندهم ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول انما او
جبنا الضم بالمجانسة وهي انما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الاجزاء اعتبار الصورة ومسئلة

المصوغ

المصوغ ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شيء الى آخر حتى يعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما تظهر
شرعا عند مقابلة احدهما بالآخر وههنا ليس كذلك والله تعالى اعلم بالصواب

الحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعا للمبسوط وشرح الجامع الصغير

لمناسبة وهي ان العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها الا ان العاشر
لما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما بزكاة فقدم الزكاة على هذا
الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت
القوم اذا اخذت عشر اموالهم فهو تسمية للشيء باعتبار بعض احواله وهو اخذ العشر
من الحربي لا من المسلم والذمي على ما يجيء قوله اذا مر على العاشر بمال اي بمال من الاموال الباطنة وانما
قيدنا بذلك لان الاموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى حضور صاحب المال
عليه في ثبوت ولاية الاخذ له فانه يأخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه (اي يعني العاشر)
واما في الاموال الباطنة فان الاداء لصاحب الاموال لكونها غير محتاجة الى الحماية لبطونها فاذا
اخرجها الى المفاوز احتاجت اليها فصارت كالسوائم فان زعم التاجر على العاشر بمال ذكرنا
وقال اصبته منذ اشهر يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في يده مال آخر من جنس هذا المال حال
عليه الحول فانه لو كان لم يصدق لان الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس او قال علي دين يعني
دينا مستغرقا له مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف العاشر بقوله من نصبه
الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار ونوقض بانه يأخذ من الكافر وليس المأخوذ منه
صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم على اداء العبادة وما عداها
تابع لا يحتاج الى تخصيصه بالذكر وقوله فمن انكر تمام الحول يعني بقوله اصبته منذ اشهر او الفراغ
من الدين بقوله او علي دين كان منكرا للوجوب والقول قوله مع يمينه وفيه بحث من وجهين احدهما
ان قوله منذ اشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله فمن انكر تمام الحول والثاني ان الزكاة
عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلاة ولا يشترط للتصديق فيها التحليف واجيب عن
الاول بان الاشهر تقع على العشرة فما دونها لكونه جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني
بانها وان كانت عبادة لكن تتعلق بها حق العاشر في الاخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر يدعي
ذلك بل يدعي عليه معنى لو اقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في سائر الدعاوى بخلاف الصوم و
الصلاة فانه لم يتعلق بهما حق العبد ولا يلزم حد القذف فانه لا يستحلف فيه اذا انكر وان تعلق
به حق العبد لان القضاء بالنكول في الحدود متعذر على ما عرف وقوله وكذا اذا قال اديتها الى عاشر
آخر ظاهر وقوله ثم قيل الزكاة هو الاول بناء على ما ذكر اصحابنا من الطريقين في هذه المسئلة احدهما
انه اذا كان صادقا فيما قال يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى والثاني انه لا يبرأ فمن اختار الطريق الاول
قال الزكاة هو الاول كما لو وضع على الساعي مكان ماله فادى صاحب المال الزكاة وقع زكاة والثاني
سياسة مالية زجرا لغيره عن الاقدام عما ليس له ومن اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والاول
ينقلب نفلا كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فاداها وهو الذي اختاره المصنف

وقال هو الصحيح احترازاً عن القول الاول ووجه الصحة انه لما ثبت ولاية اخذه للسلطان
شرعاً في الاموال الظاهرة كان اداؤه الى المالك فرضاً لغواً كما لو ادى الجزية الى المقاتلة بنفسه وقوله لم
يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي اسم لخط الابراء من برئ من الدين والعيب براءة والجمع براءات
والبراوات عامي كذا في المغرب وقوله فيجب ابرازها اي اظهار العلامة لكن ادعى على انه شجة او قطعها
فانه يجب عليه ابرازها علامتها وجه الاول وهو رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يكون حجة فلم
علامة قال في المبسوط والجامع الصغير للامام التمرتاشي وهو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة
هل يشترط معها اليمين قال الامام التمرتاشي انه اذا حلف لم يصدق عند ابي حنيفة وصدق عندهما
قيل في كلام المصنف نظر وهو انه قال ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة ولا شك ان في السوائم
يصدق في ثلاثة فصول وفي اموال التجارة في اربعة كما تقدم فينبغي ان يشترط اخراج البراءة
في الجميع ولا يتصور ذلك فيما اذا قال علي دين او ما اصبته منذ اشهر او اديتها الى الفقراء في المصر
وانما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو ان يقول اديته الى العاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر
واجيب بانه ذكر العام واراد الخاص اي الصورة المذكورة مجازاً وقوله فيراعى تلك الشرائط تحقيقاً
للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا
لكان تبديلاً لا تضعيفاً وقوله ولا يصدق الحربي يعني في الفصول كلها الا في الجواري يقول هن
امهات اولادي او غلمان معه يقول هم اولادي لان الاخذ منهم بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج
اليها وانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لانه لو قال لم يتم الحول على مالي
فنفي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الامان
اذ لو لم يكن الامان صار سبياً هو واموالهم ولو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب
به في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امان وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر
لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره ما لم يكن لها وان قال اديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه لان
المأخوذ منه اجرة الحماية وقد وجدت بنفس الامان كما مر انفاً ولو قال اديتها انا كذبه اعتقاده
غير ان اقراره بنسب من في يده صحيح لان كونه حربياً لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار
الاسلام يثبت في دار الحرب وبه يخرج من ان يكون مالاً والاخذ لا يكون الا من المال المحرز به قال
رحمه الله ويؤخذ من المسلم ربع العشر روى الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان
عمر بن الخطاب نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن
الحربي العشر وكان هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف فكان اجماعاً والمعنى الفقهي فيه ما قيل ان ما يؤخذ
من المسلم ربع العشر لقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشر اموالكم من كل اربعين درهماً درهم وانما
ثبت ولاية الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان طمع اللصوص في اموال
اهل الذمة اوفر فيما ضعف عليه ما يؤخذ من المسلم كما في صدقة بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة
الذمي من المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم
وشهادة اهل الذمة على اهل الحرب لهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ

من المسلم فلذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي تبديلاً لا تضعيفاً وان مر حربي بخمسين
درهماً لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة البيان
عمر لما سئل حين نصب العشار فقيل له فكم نأخذ مما يمر به الحربي فقال كم يأخذون منا فقالوا
العشر فقال خذوا العشر منهم ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة ان اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا
فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المقصود انا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا
كان ذلك اقرب الى المقصود الامان واتصال التجارات لا يقال في كلام المصنف تناف لانه قال
قبل هذا لان الاخذ منه بطريق الحماية وقال ههنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان الاخذ
معلولاً لاحدهما لا يكون معلولاً لغيره لئلا تتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا نقول
الاخذ منهم معلول للحماية واما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة ولا تنافي في ذلك
وقوله بخلاف المسلم الى آخره واضح وقوله فانه اعياكم فالعشر يقال عيي بامره اذا لم يهتد
لوجهه واعيا لي هو وقيل هو مأخوذ من العي وهو الجهل فانه اعياكم اي جهلكم يعني اذا اشتبه
الحال بان لم يعلم العاشر ما يأخذون من تجارنا يؤخذ منه العشر وقوله لانه غدر اي لو قوبل بقطع
الحماية والغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر وهذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم يؤخذ
منه جميع ما في يده الا قدر ما يبلغه مأمنه لانا مأمورون بتبليغه الى مأمنه لقوله تعالى ثم ابلغه
مأمنه وقال بعضهم يؤخذ منه الكل بطريق المجازاة فيجازيهم بصنيعهم لينزجروا وقوله وان
مر الحربي على عاشر الى آخره حاصله ان العشر انما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول او بتجديد العهد
بان رجع الى دار الحرب ثم يمر على العاشر وان كان في يوم ذلك فان لم يوجد شيء منهما لم يعشره
ثانياً لما روي ان نصرانياً مر بفرس له على عاشر عمر فعشره ثم مر به ثانياً فهم ان يعشره فقال
النصراني كلما مررت بك عشرتني اذاً يذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر فلما
دخل المدينة اتى المسجد فوضع يديه على عتبة الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني
فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال له عمر اتاك الغوث فنكس
رأسه ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني انه استخف بظلامته فرجع الى العاشر ليبيع فرسه فلما انتهى
الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه انك ان اخذت العشر مرة فلا تأخذه مرة اخرى فقال
النصراني ان ديناً يكون فيه العدل بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقاً فاسلم فان قيل كلام
المصنف متناقض لانه قال حتى يحول عليه الحول ثم قال لانه لا يمكن من المقام الا حولاً والمراد
به الاقل منه من الحول لانه لا يمكن من الاقامة حولاً كاملاً اجيب بان مراده بقوله حتى يحول
الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه يأخذ ثانياً قال رحمه الله
فان مر ذمي بخمر وخنزير عشر الخمر دون الخنزير اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير للتجارة
التجارة وتبلغ القيمة مائتي درهم ففيها اربعة اقوال كما ذكره في الكتاب وانما فسر بقوله اي
من قيمتها احترازاً عن قول زفر فانه يقول يعشر عينها ونفياً للظاهر ما يفهم منه فان السامع
يفهم منه انه يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها ثم الشافعي مر على اصله بانه لا مالية

ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره لم يضمن عنده وزفر سوى بينهما
لاستوائهما في المالية عندهم فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف
اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر اقرب الى المالية بواسطة التخليل وقد يثبت
الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين
وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما اما على الاول فبانه منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا
الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي الى ان قال وان كان شفيعها
مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة الخنزير حكمه لما اخذ بقيمته لانه لا يأخذها بعينه و
كمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم العين
لما ضمنها كما لا يضمن عينه واما على الثاني فبان المسلم او الذمي اذا غصب خنزير ذمي ودفعها الى
القاضي يأمره القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم لها
عينها من وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء
لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج
الذمي امرأة على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فلما دارت القيمة
بين ان تكون بمنزلة العين وبين ان لا تكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والحماية وهو في باب
الزكوة ولم تعط في حق الاعطاء لانه موضع ازالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف
ونوقض بذمي اخذ قيمة خنزير له استهلكه ذمي وقضى بها دينا لمسلم عليه فانه جائز ولو كان اخذ
القيم كاخذ العين لما جاز القضاء اجيب بانه لما قضى بها دينا عليه وقعت المعاوضة بينه وبين
صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن
الثاني بان المراد ان من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس له ولاية حماية خنزير غيره ولفرض ليستوي
والعاشر له حماية حماه لذلك بخلاف القاضي وقوله ولو مر صبي او امرأة ظاهر وقوله ومن مر على العاشر
بماية يعني سواء كان مسلما او ذميا وقوله لانه غير حاضر فيها باداء زكاتها يعني هو ماذون بالتجارة
فقط فلو اخذ لاخذ عشر الزكاة وليس له اخذ شي سوى الزكاة وقوله ولا نايب عنه اي انما هو نايب
في التجارة لا غير والنايب تقتصر ولايته على ما فوض اليه فكان بمنزلة المستبضع وقوله ولو مر عبد
ماذون له بماية درهم ظاهر والصحيح ان الرجوع في المضارب رجوع في العبد الماذون كذا قال الامام ابن
فخر الاسلام وصاحب الايضاح وقوله الا اذا كان على العبد دين محيط بماله فانه لا يؤخذ منه سواء كان
معه مولاه او لم يكن لانعدام الملك يعني عند ابي حنيفة او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين مانع
عن وجوب الزكاة وقوله ومن مر على عاشر الخوابي واضح

باب المعاده والركاز

اي باب المغاير عن العاشر لان العشر اكثر وجودا والمال المستخرج من الارض له اسامي ثلاثة الكنز
والمعدن والركاز والكنز اسم لما دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقه
الارض والركاز اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان
اقام به والركاز من ركز الرمح اي غرزه وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز

في الارض

في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما بانفراده والمراد بالمذكور في لقب
الباب الكنز لمعنيين احدهما ان هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجي والثاني
انه لو اريد به المعدن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه باب في المعادن والمعادن وانما لم يقل
المعادن والكنز لان تقدير كلامه باب المعادن والمعادن والكنز قال رحمه الله
معدن ذهب او فضة المستخرج من المعدن انواع ثلاثة جامد يذوب وينطبع كالذهب
والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ
ومايع لا يتجمد كالماء والقير والنفط ومسايل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة
الذي يوجد اما ان يكون معدنا او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما ان يوجد في ارض دار الاسلام او في
دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة اوجه ايضا اما ان يوجد في مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة
او دار والموجود كنزا لا يخلو عن ثلاثة اوجه ايضا اما ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على
ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع اذا وجد في ارض عشر
او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي لا شي عليه لانه مباح سبقت يده اليه وكل ما هو كذلك لا شي
عليه كالصيد الا انه اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فتجب فيه الزكاة وهو ربع العشر ولا يشترط
فيه الحول في قول لما ذكر انه نماء كله والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين
من الفضة لا يجب شي وانما قال في جانب الشافعي ولا يشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا لان الشافعي
قايل بالزكاة وكان عليه ان يقول باشتراط الحول فنفاه بما ذكر من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول
لا يشترط له ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس قاله حين سئل عليه السلام عما يوجد في
الخرب العادي وعطف على المسئول عنه فقال فيه وفي الركاز الخمس عطفه على المدفون وذلك يدل
على ان المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو ينطلق على المعدن ايضا كما تقدم ولانها اي الارض
كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا وهو واضح وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو ايضا واضح
وفي الغنيمة الخمس بالنص وقوله بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد فان قيل لو كان غنيمة لكان
الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك اجاب بقوله الا
ان للغانمين يدا حكمية وتحقيقه ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس اذا حوت ايديهم حقيقة
وحكما وههنا يدهم حكمية لانه لما ثبتت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبتت على باطنها حكما واما
الحقيقة فللواجد وكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية
في اربعة الاخماس حتى كان للواجد مسلما كان او ذميا حرا او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امرأة
لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة وجميع من ذكرنا حق في الغنيمة اما سهما او رضخا
فان الصبي والمرأة والعبد والذمي يرضخ لهم اذا قاتلوا على ما سيجي بخلاف الحربي فانه لا حظ له
في الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا وجد شيئا من الركاز يؤخذ منه الكل فان قيل روي ان
عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فادى ثمنه منه واعتقه وجعل ما بقي لبيت المال
اجيب بانه كان وجده في دار رجل صاحب خطة مات ولم يترك وارثا فصرفه الى بيت المال ورأى

المصلحة فان يعطي خمسه من بيت المال ليوصله الى المستحق قال في التحفة ويجوز للواجد ان يصرف الخمس
الى نفسه اذا كان محتاجا لا تغنيه اربعة الاخماس وهو حق وذكر صاحب النهاية ما يشير الى خلاف ذلك
قال رحمه الله ولو وجد في داره اي اذا وجد الانسان في داره معدنا فليس فيه شيء عند
ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لهما اطلاق قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس من غير فصل بين الارض
والدار ودليل ابي حنيفة ظاهر واعترض بانه لو كان من اجزائها جاز التيمم به ولم يجز بالاجماع واجيب
بان التيمم يجوز بما هو من جنسها لا من اجزائها خلقة وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث ان
الامام لما خصه بهذه الدار فكانه نفله بها وللامام هذه الولاية كما ان له ذلك في ارضه فعن ابي حنيفة
روايتان في رواية الاصل لا شيء فيهما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب
قوله وان وجد ركازا اي كنزا انما فسره بهذا لان الركاز اسم مشترك يطلق على المعدن والكنز وقد
فرغ من بيان المعدن فيراد به الكنز ولئلا يصح قوله وجب فيه الخمس عندهم فان وجوب الخمس بالاتفاق انما
هو في الكنز لا في المعدن لان ابا حنيفة لا يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقولهما روينا اشارة الى قوله
وفي الركاز الخمس فان قيل قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به هاهنا استعمال
اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز اجاب بقوله واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز
وهو الاثبات ومعناه انه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وانما هو من باب عموم
المعنى ولا امتناع في ذلك وبهذا سقط ما قيل كان من حقه ان يقول لسياق ما روينا وهو قوله
عليه السلام فيه وفي الركاز الخمس والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصودا ههنا فكان
التمسك به اولى كما تمسك به في المبسوط اذ دلالة الركاز عليها ادعى المصنف من الكنز بسبب دلالة
الركاز على الاثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يدل على الكنز وقد يدل على المعدن وكان محتملا كالنص
واما ارادة الكنز بسياق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فبدليل غير محقق وكان تفسيرا فالتمسك
به اولى وذلك لانه استدلال بالعام على ما قرر لا بالمشترك والعام والخاص عندنا في ايجاب الحكم سواء
ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة تعرف فيها حيث وجدها
مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء وان كان على ضرب
اهل الجاهلية كالمنقوش عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال اي سواء كان الموجود ذهبا
او فضة او رصاصا او غيرها وسواء كان الواجد صغيرا او بالغا حرا او عبدا مسلما او ذميا
الا اذا كان حربيا مستامنا كما ذكرنا وقوله لما بينا يعني من النص والمعقول ثم ان وجده في
ارض مباحة يعني الذي هو على ضرب الجاهلية فان الذي يكون بضرب اهل الاسلام ملحق باللقطة
فلا يتاتى فيه هذا التفريع وهو ان يكون اربعة اخماسه للواجد وقوله لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به
للغانمين اشارة الى ما ذكرنا ان للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي
للواجد وان وجده اي هذا الكنز المذكور في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف اي الخمس للفقراء والاربعة
اخماسه للواجد كما كان او غيره مالكه لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه لا من المختط له ما كان
ما في الباطن وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لسبق

يده اليه

يده اليه فان قيل يد المختط له وان كانت سابقة اليها لكنها يد حكمية وبها لا يملك كما في الغانمين
اجاب بقوله وهي يد الخصوص يعني ان اليد الحكمية انما لا يثبت بها الملك اذا كانت يد عموم كما في
الغانمين اما اذا كانت يد خصوص فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد
سمكة في بطنها درة ملك الدرة ومما يؤيد هذا ان تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا وما ثم
الا عموم اليد وخصوصها فان قيل سلمنا ان المختط له قد ملكه لكن باع الارض فخرج الكنز
عن ملكه كما لو كان بها معدن اجاب بانه اي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الارض لانه مودع فيها
كما انه اذا باع السمكة لم تخرج ببيعها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن لانه من اجزائه فينتقل الى
المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام على ما قالوا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وقال ابو اليسر يوضع في بيت المال وقوله ولو اشتبه الضرب ظاهر
قال رحمه الله ومن دخل دار الحرب بامان ومن دخل دار الحرب بامان فوجد
في دار بعضهم ركازا سواء كان معدنا او كنزا رده عليهم تحرزا من الغدر قال صلى الله عليه
وسلم في العهود وفاء لا غدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء اي التي
في دار الحرب وليست بمملوكة لاحد فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء
اي لا خمس فيه لان الخمس انما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهي فيما كان في يد اهل الدار ووقع
في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك لانه بمنزلة المتلصص في دار الحرب
اذا اخذ شيئا من اموالهم واحرزه بدار الاسلام فان قيل المستامن منا في دارهم اذا وجد في ارض
ليست بمملوكة ركازا فهو له والمستامن منهم في دارنا لو وجد شيئا من ذلك في الصحراء لا حق له
فيه ويؤخذ منه كله فما الفرق بينهما اجيب بان الفرق بان دار الاسلام دار احكام فتعتبر اليد
الحكمية فيها على الموجود ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والفرض عدمها
وقوله وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك
الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد
منه وما ذكره بعده من الزيبق واللؤلؤ في خزائن الكفار واصيب قهرا فان فيه الخمس
بالاتفاق وقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم انه لم يرد به ما كان للتجارة وانما اراد
ما يستخرج من معدنه فكان هذا اصلا في كل ما هو بمعناه وقوله وفي الزيبق الخمس قيل هو فارسي
معرب عرب بالهمزة ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا
انفا حكي عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول اولا لا شيء فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره
واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رايت ان لا شيء فيه فصار الحاصل ان قول ابي حنيفة
الاخر وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فيه الخمس وعلى قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة
الاول لا شيء فيه قال لانه بمنزلة القير والنفط يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا
انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم
يخالطها شيء وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا في اول هذا الباب ولا خمس في العنبر واللؤلؤ

عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر اخذ الخمس من
العنبر روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب
اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح
حجة في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر في الكتاب حجته في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية ان السؤال
عن عمر كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال فيهما الخمس واقول
الذي يظهر من كلام المصنف انه اراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفي كل حلية
تخرج من البحر واستدل على المجموع بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج
منه دفعا للتحكم ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان في ايدي
الكفرة وقد وقع بايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن في يد احد
لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شيء
وقوله والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال بحديثه ووجهه انه كان فيما دسره البحر اي قذفه
وقذف وبه نقول اي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر نقول ومراده دسره البحر الذي في دار
الحرب فوجده الجيش على ساحله فاخذوه فانه غنيمة يجب فيه الخمس وانما قلنا ذلك لانه روي عن
ابن عباس انه قال في العنبر انه شيء دسره البحر فلا شيء فيه فيحمل على احد المعنيين اما على بحر دار الاسلام
واما على انه اخذه واحد من المسلمين في بحر دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما وقوله
متاع وجد ركازا اي حال كونه ركازا والمتاع ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما
وقيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا لبيان ان وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين ان يكون
الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح والله تعالى اعلم

باب زكوة الزروع والثمار

سمي العشر زكاة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا وتاخير العشر عن الزكاة لانها عبادة
محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها قال ابو حنيفة في كل
ما تنبت الارض ويبتغي به النماء قليلا كان او كثيرا رطبا كان او يابسا يبقى من سنة الى سنة او لا
يبقى وسقي سيحا اي بماء جار او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش
والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية تبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة اوسق
كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد بالثمرة وهي اسم لشيء من اصل وقيد
بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء ان تبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير
والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما بلغ خمسة اوسق احترازا
عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فخمسة اوسق الف
ومائتا من لان كل صاع اربعة امنا قال شمس الائمة الحلواني هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة
الوسق ثلثمائة من وليس في الخضروات كالفواكه والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه
لا تبقى لها سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولم
يتعرض لكونه ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء لهما في الاول اي في اشتراط النصاب قوله

صلى الله

صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة اي عشر لان زكاة التجارة تجب فيما دون
خمسة اوسق اذا بلغت قيمته مائتي درهم ولانه صدقة بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه
على الكافر وصرفه الى مصارف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنى
ولابي حنيفة قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما روياه
زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما فيكون قيمة
خمسة اوسق مائتي درهم وهو نصاب الزكاة قيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون
لما ليس عفو ونصاب قياسا على الزكاة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة ليكون
منصوصا عليه على العبادة المحضة وهو ظاهر الفساد وقوله ولا معتبر بالمالك فيه اي
في العشر جواب عن قولهما فيشترط النصاب يعني ان الغنى صفة المالك والمالك في باب العشر
غير معتبر حتى يجب في ارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة على الرباطات
والمساجد فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في
الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضروات صدقة ووجه الاستدلال انه عليه السلام نفى الصدقة
عن الخضروات وليس الزكاة منفية بالاتفاق فيتعين العشر وله ما روينا يعني قوله صلى الله عليه
وسلم ما اخرجت الارض ففيه العشر ومرويهما وهو ليس في الخضروات صدقة محمول على صدقة
ياخذها العاشر يعني اذا مر بالخضروات على العاشر واراد العاشر ان ياخذ من عينها لاجل الفقراء
عند اباء المالك عن دفع القيمة لا ياخذ وبه اي بهذا المروي اخذ ابو حنيفة في حق هذا المحمل الذي
حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو اخذ من عينها ليصرف الى عمالته جاز وانما قلنا عند
اباء المالك عن دفع القيمة لانه اذا اعطى القيمة لا كلام في جواز اخذه وهذا لان الاخذ بعينه نظرا
للفقراء ولا نظر هاهنا لان العاشر في الاغلب يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا ثمة يصرفه
اليه فيحتاج الى ان يبعثها الى البلدة وربما تفسد قبل الوصول الى الفقراء فيؤدي الى الضرر فلا
ياخذ بل يؤديه بنفسه والذي يقطع هذه المادة ان العام المتفق عليه ولو في بعض موجباته اولى
من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه ابو حنيفة في مقدار خمسة اوسق ولم يعمل
بما روياه ابو حنيفة وانما حمله على محل آخر وعمل به فيه وابو حنيفة اخذ هذا الاصل عن عمر بن
الخطاب فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء بني النضير وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع
دينان في جزيرة العرب واجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله عليه السلام اتركوهم وما
يدينون كذا نقله شيخي عن شيخ شيخه وقوله ولان الارض قد تستنمى دليل معقول على مدعاه
وتقريره السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستنمى بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى
لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك اخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك
الحكم وهو لا يجوز ولهذا يجب فيه اي فيما لا يبقى من الخارج كالخضروات وفي الارض النامية بالخارج
الذي لا يبقى على ما قيل المكان وقوله اما الحطب بيان لما استثناه ابو حنيفة مما اخرجته الارض قوله
وفي الجنان اي في البساتين وبيانه ان الحطب والقصب والحشيش ونحوها مما لا يستنمى به الارض

لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشيا تنفى عنها البساتين لانها اذا
غلبت على الارض اضرتها فلا يحصل بها النما حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد
به الاستنما بقطع ذلك وبيعه كان فيها العشر وقوله والمراد بالمذكور القصب الفارسي القصب كل
نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقد والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب
الفارسي وهو ما يتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب العقد وانبوبه
مملو من مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند واجوده
الياقوتي اللون وقصب السكر والمستثنى منها القصب الفارسي واما الاخران ففيهما العشر
لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح
والتبن لان المقصود الحب والتردد فيها فان قيل ينبغي ان يجب العشر في التبن لانه كان واجبا وقت
كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل ذاتا الا انه ازداد فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب
اجيب بانه لا يجب العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق حتى لو فصله
وجب العشر في القصيل فاذا ادرك تحول العشر من الساق الى الحب كما تحول الخراج من المكنة عند التعطيل
الى الخارج عند الخروج قال رحمه الله وما سقي بغرب او دالية الغرب الدلو
العظيم والدالية المنجنون يديرها البقر وذكر في المغرب ان الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق
الارز في راسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها وقوله ففيه نصف العشر
على القولين اي على حسب اختلاف قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ومحمد يجب عنده نصف العشر من غير
شرط النصاب والبقا وعندهما ايضا يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقا كما بينا وما ذكره
من الدليل ظاهر وقال شمس الائمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وبكثرتها
فيما سقي بغرب او دالية وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنايم والمؤنة فيها اكثر منها
في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها وقوله وان سقي
سيحا وبدالية واضح وانما عطف الدالية بالبا لان السيح اسم للما ودون الدالية الة الاستقا
فلا يصح ان يقال سقي دالية لان الدالية غير مسقية بل هي الة السقي كذا في النهاية وقوله قال ابو
يوسف قيل انما ابتدا بقول ابي يوسف لانه لا يرد الاشكال على قول ابي حنيفة فانه يقول بالعشر في
القليل والكثير وهما اثبتا الحكم على قود مذهبهما في المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق
فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق وقوله لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه
لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر به من معياره واقصى
ما يقدر به في القطن الحمل لانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنان ثم بالحمل فكان الحمل اعلى ما يقدر
به وفي الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن وقوله وفي العسل العشر
اذا اخذ من ارض العشر قيد بارض العشر لانه اذا اخذ من ارض الخراج فلا شي فيه لا عشر ولا خراج
كما تبين وقوله فاشبه الابريسم يعني الذي يكون من دود القز ولنا قوله عليه السلام يعني به
ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان في العسل العشر وان

النخل يتبنا ولا من الانوار والثمار وقال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيهما العشر فكذا فيما
يتولد منهما وقوله ثم عند ابي حنيفة ظاهر وقوله الحديث بني سيابة وفي بعض النسخ بني سيارة
وهو ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ان بني سيابة قوما من جرهم وقال في المغرب من خثعم كانت
لهم نحل عسالة يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم
واديهم فلما كان زمن عمر استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يعطوه شيئا فكتب
في ذلك الى عمر فكتب اليه عمر ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشا فان ادوا اليك
ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا
اليه العشر والقربة خمسون رطلا وقوله كل فرق ستة وثلاثون رطلا الفرق بفتحتين انا يأخذ
ستة عشر رطلا وذلك ثلاثة اصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد
وقال الازهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف
بالمدينة وهو ستة عشر رطلا وقال وقد يحرك ثم قال المطرزي قلت وفي زاد رهشام عن محمد الفرق
ستة وثلاثون رطلا ولم اجد هذا فيما عندي من اصول اللغة قوله وكذا في قصب السكر اي الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف بقيمة خمسة اوسق
وعند محمد خمسة امنا وقوله وما يوجد في الجبال ظاهر وقوله ان المقصود حاصل وهو الخارج
يعني ولا معتبر بكون الارض غير مملوكة له لان العشر يجب على المستعير اذا زرع وان لم تكن الارض
مملوكة له لما ان الخارج سلم له من غير عوض فكذا هذا قال رحمه الله وكل شي اخرجته
الارض كل شي اخرجته الارض مما فيه الواجب العشر من عشر كان او نصفه لا يرفع المؤنة من العشر
مثل اجر العمال والبقر وكري الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج
الذي يقابله المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل خارج ومن الناس من قال يجب النظر
الى قدر قيم المؤن من الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤن بمنزلة
السالم له بعوض كانه اشتراه الا ترى ان من زرع في ارض مغصوبة يسلم له من الخارج بقدر ما غرم
من نقصان الارض طابت له كانه اشتراه ووجه قولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب
لتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فانه لما كان كذلك
لم يكن لرفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه انه
الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان واذا كان الخارج فيما سقي
بغرب اربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا فاذا رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن
تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقي بغرب والمنصوص خلافه فتبين ان ما سقي بغرب فيه
نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح فليتامل قيل كان من حق الكلام
ان يقول مما فيه العشر او نصف العشر لان الواجب احدهما والجواب ان المراد الواجب العشري كما اشرنا
اليه فصدا الكاف فكان العشر منسوبا علما لذلك سواء كان عشرا لغويا او نصفه وقوله تغلبي بكسر
اللام منسوب الى بني تغلب وقوله عرف ذلك باجماع الصحابة تقدم بيانه في قضية عمر رضي الله عنه

منهم ولا فصل في ذلك بين ان تكون الارض ملكه في الاصل او اشتراها من مسلم وعن محمد ان فيما اشتراه
من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فتضعيف العشر انما يكون في الاراضي
الاصلية التي وقع الصلح عليها ولهما ان الصلح وقع بيننا وبينهم على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم
والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وقوله وان اشتراها يعني الارض التي عليها العشر المضاعف من
من التغلبي ذمي فهي على حالها من العشر المضاعف عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر
فان الذمي اذا مر على العاشر بمال الزكاة فانه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذلك ان اشتراها
منه مسلم يعني يبقى عشرها مضاعفا عند ابي حنيفة من غير فصل بين التضعيف الاصلي والحادث لان
التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج فان المسلم اذا اشترى ارضا خراجية
بقيت كما كانت وكذا اذا اسلم صاحبها وهذا لان بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع
بقيا بعد زوال الحاجة الى اظهار التجلد وههنا بحث قررناه في التقرير فليطلب ثمة وقال ابو يوسف
تعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر الا يرى ان التغلبي اذا كان له خمس من
الابل السائمة يجب فيها شاتان فان باعها من مسلم او اسلم يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لابي
حنيفة ان مال الزكاة اقبل للتحول من وصف الى وصف الا يرى ان مال التجارة تبطل عنه الزكاة
بنية القنية والسوائم تبطل عنها بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك وقوله قال في الكتاب اي
في كتاب الزكاة من المبسوط وهو ان العود الى عشر واحد قول محمد فيما صح عنه قال المصنف اختلف
النسخ اي نسخ المبسوط في بيان قول محمد انه مع ابي حنيفة او مع ابي يوسف والاصح انه مع ابي حنيفة
في بقاء التضعيف على المسلم وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني
اي ذمي غير تغلبي وانما فسر بذلك لان لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناولان التغلبي كغيره من
النصارى وذكر قبيل هذا بيع المسلم من التغلبي فكان هذا من غير تغلبي وانما قيد بقوله وقبضها
ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها وتقرر الارض عليه حتى اذا اخذها مسلم بالشفعة او ردت على البائع
تبقى عشرية كما كانت وهي المسألة الثانية التي تجيء وقوله لانه اليق بحال الكافر انما كان كذلك
لان المأخوذ ثلاثة انواع خراج وعشر واحد والعشر المضاعف يعتمد الصلح كما في
التغالبة وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر ليس من اهلها فتعين الخراج لانه اليق
به لكونه مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر اهل لها وقوله اعتبارا بالتغلبي يعني ان ما كان مأخوذا من
المسلم اذا وجب اخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به الذمي على العاشر وهو اهون
من التبديل لانه تغيير في الوصف والخراج واصل آخر وقوله ثم في احدى الروايتين يصرف مصارف الصدقات وفي
رواية مصارف الخراج وجه الاولى ان حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية
ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة انما يصرف الى الفقير ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال
الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج وقوله فان اخذها منه مسلم اي ان اخذ الارض التي باعها المسلم
من نصراني من النصراني مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول
اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم ولم يتوسط النصراني

واعترض

واعترض بانه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري اذا قبضها منه واجيب بانه
انما يرجع عليه لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فان المشتري يرد المبيع بالعيب على الوكيل
لان الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها معيبا يردها
عليه دون المشتري واما الثاني اي الرد على البائع لفساد البيع فلانه بالرد والفسخ بحكم
الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم اي البائع لا ينقطع بهذا الشراء وهو الكاسد
لكونه مستحق الرد بفتح الحاء قال رحمه الله واذا كان لمسلم دار خطة
دار خطة كخاتم فضة بالاضافة سماعا ويجوز خطة بالنصب تمييزا كما في غيره داره خطة
والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان كل ارض يحوطها حائط
وفيها نخيل متفرقة واشجار على حاشيتها ووضع هذه المسألة لبيان ان الحكم الاصلي الذي
يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شيء سواء كان مالكها مسلما او
ذميا فان جعلها بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج ان سقاه بماء الخراج
لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء لان وظيفة الاراضي باعتبار انزالها وهي انما تكون بالماء
واستشكل هذه المسألة بان فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في ابواب السير
من الزيادات ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج واجاب شمس الائمة بان معناه انه لا يبتدأ
بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء
الخراج اذ الخراج يجب حقا للمقاتلة فيختص وجوبه بما حوته المقاتلة الا يرى ان المسلم اذا
احيى ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل
هذا الارض التي لم يتقرر امره على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض تسقى بماء العشر
وقد اشتراها ذمي فان ماءها عشري وفيه الخراج وقوله وليس على المجوسي في داره شيء قال شيخ
الاسلام انما خصه بالذكر لانه قيل لعمر ان المجوس كثير بالسواد فقال اعيا في امر المجوس وفي القوم
عبد الرحمن بن عوف فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بالمجوس سنة اهل
الكتاب الحديث فلما سمع عمر ذلك عمل به وامر عماله ان يمسحوا اراضيهم ودورهم فيوظفوا الخراج
على اراضيهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت
العفو في حقهم مع كونهم ابعد عن الاسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الاولى
وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر عليه اذ فيه
معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله ولقائل ان يقول اما ان يكون الاعتبار
للماء او لحال من يوضع عليه الوظيفة فان كان الاول وجب عليه العشر وان كان الثاني نقض
قوله لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه بماء الخراج
والجواب ان الاعتبار للماء ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل لايجاب العشر عليه
لكونه عبادة فان قيل فكيف كان المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له فالجواب
انه لا صغار في خراج الاراضي انما هو في خراج الجماجم كذا ذكره شمس الائمة سلمناه ولكنه ليس

يحل له مطلقا او اذا لم يظهر منه ضيق يقتضيه والاول محمول على الثاني في مسلم ولكنه قد ظهر منه
ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم وقوله على قياس قولهما يعني ما ذكر ان الذمي اذا اشترى من مسلم
ارضا عشرية وجب عند ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا
وجب على المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران والوجه لهما ما بين
قبله وكذا الروايات عن محمد في المصرف وقوله ثم الماء العشري بيان الماء العشري والخراجي وهو
ظاهر والانهار التي شقها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ونهر مرو ولان اصل تلك الانهار
بمال الخراج فصار ماؤها خراجيا وصارت الارض خراجية تبعا وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء و
الذال المعجمة وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة قال
بعض اصحابنا الابار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض العشرية ماؤها عشري واما التي
تكون في الارض الخراجية فماؤها ايضا خراجي لان الماء يأخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه
بحث وهو ان ذكر ان الارض العشرية ما تسقى بماء العشر فلو كان المعتبر من الابار والعيون
ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيئا لتوقف احدهما على الاخر والجواب ان الاراضي العشرية خمسة
انواع ارض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث الارض
التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس
الارض الميتة التي احياها مسلم وكانت من توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع
والخامس فان المسلم اذا كان له دار في ارض العرب او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت
عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى بابارها او العيون التي فيها وجب العشر
وان كانت الدار لمجوسي والمسئلة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج او العشر الواحد
او المضاعف وعلى هذا اذا احياها مواتا وقوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف
ما يجب على المسلمين من العبادة او ما فيه معناها دون المؤنة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة
كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شيء من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمرأة اذا
كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وقوله وليس في عين القير والنفط القير هو
الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو افصح دهن يكون على وجه الماء في العين
وكلامه واضح وقوله وعليه في ارض الخراج خراج يجوز ان يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج
بان يمسح موضع القير اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة
فيكون مع العين تابعا للارض وهو اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه وعلى الرجل في
عين النفط والقير في ارض الخراج خراج يعني في حريمها اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع
العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو مختار ابي بكر الرازي لان حريمه
في الاصل صالح لها وانما عطله صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيؤخذ منه ما كان لا
خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء وكان
المصنف اختار قول ابي بكر الرازي والله تعالى اعلم بالصواب

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع
احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه الاشياء فشرع في بيانه في هذا الباب والاصل فيه اي
فيمن يجوز الصرف اليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية فهي ثمانية اصناف
وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلاثة انواع نوع كان يتألفهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم ليسلموا ويسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم اسلموا لكن على ضعف فيريد تقريرهم
لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصين والاقرع بن حابس والعباس بن
مرداس وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم خوفا منهم فان
الانبياء عليهم السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم
في نار جهنم ثم سقط ذلك في خلافة الصديق روي انهم استبدلوا الخط لنصيبهم في خلافة
ابي بكر فبذل لهم وجاؤا الى عمر فاستبدلوا خطه فابى ومزق خط ابي بكر وقال هذا شيء كان
يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم تأليفا لكم فاما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم
فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الى ابي بكر فقالوا انت الخليفة ام عمر
بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الاجماع ثم اختلف
كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته عليه السلام
فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالاجماع بناء على ان الاجماع حجة قطعية كالكتاب
وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم
بانتهاء وقته وهو النظار ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى العلة كما في الرمل والاضطباع
في الطواف وقد تقدم فانتهاؤها قد لا يستلزم انتهاءه وفيه بحث قررناه في التقرير وقال
شيخي شيخ العلامة عبد العزيز والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي صلى الله عليه
وسلم من حيث المعنى وذلك ان المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك
الوقت لغلبة اهل الكفر فكان الاعزاز بالدفع ولما تبدل الحال بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز
في المنع وكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الالة لاعزاز الدين والاعزاز
هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهير لانه
الة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدلت حالته بوجدان الماء سقط الاول
ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا
هذا وهو نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة على العشيرة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
وبعده على اهل الديوان والايجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه صلى الله عليه وسلم
كان بالعشيرة وبعده باهل الديوان فايجابها على اهل الديوان بعده عليه السلام لم يكن نسخا بل
كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله وهو الانتصار ولكن اهله وهو كلام حسن وقوله والفقير
وهو من له ادنى شيء ظاهر وقوله والكل وجه اما وجه الاول وهو ان يكون المسكين اسوأ حالا من
الفقير فقوله تعالى او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري واما وجه من قال

بالثانی وهو ان الفقیر اسوأ حالا من المسکین فقوله تعالی اما السفینة فکانت لمساکین یعملون فی
البحر والفائدة تظهر فی الوصایا والاوقاف والنذور لا فی الزکاة فان صرفها الی صنف واحد جائز
عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد سنذکره فی کتاب الوصایا ان شاء الله تعالی ذوی عن ابی یوسف
انه قال هما صنف واحد حتی قال فیمن اوصی بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساکین ان لفلان نصف الثلث
وللفریقین النصف الآخر وقال ابو حنیفة لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفین وهو الصحیح کذا ذکره
فخر الاسلام لانه عطف وهو یقتضی المغایرة وقوله والعامل یدفع الیه الامام العامل هو الذی یبعثه
الامام لجبایة الصدقات یعطیه ما یسعه ای یکفیه واعوانه مدة ذهابهم وایابهم لانه فرغ نفسه لهذا
العمل وکل من فرغ نفسه لعمل من امور المسلمین یستحق علی ذلک رزقا کالقضاة والمقاتلة ولیس
ذلک علی وجه الاجارة لانها لا تکون الا علی عمل معلوم او مدة معلومة واجر معلوم ولم یقدر ذلک بالثمن
خلافا للشافعی فانه یقدره بذلک لان التسمیة تقتضی المساواة فی الاصل فیکون بیانا للحصة وفیه
نظر لان التسمیة ان اقتضت ذلک فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالاجماع فلم یبق الاسهم ثمانیة حتی
یکون له الثمن واجیب بان المؤلفة قلوبهم مسلمون وکفار والساقط سهم الکفار فقط فکانت الاسهم
ثمانیة وقوله لانه استحقاقه بطریق الکفایة ای لا بطریق الصدقة الا تری ان اصحاب الزکاة لو دفعها
الی الامام لم یستحق العامل شیئا ویاخذ وان کان غنیا فان قیل لو کان ذلک کذلک لجاز اخذه للهاشمی اجاب
بقوله الا ان فیه شبهة الصدقة نظرا الی سقوط الزکاة عن ذمة المودی فلا یاخذها العامل الهاشمی
تنزیها للقرابة الرسول صلی الله علیه وسلم عن شبهة الوسخ والغنی لا یوازیه الهاشمی فی استحقاق
الکرامة فلم تعتبر الشبهة فی حقه وقوله هو المنقول یعنی عن رسول الله صلی الله علیه وسلم فانه روی
ان رجلا قال یا رسول الله دلنی علی عمل یدخلنی الجنة قال فک الرقبة او اعتق النسمة قال اولیسا
سواء یا رسول الله قال لا فک الرقبة ان تعین فی عتقه وقوله ولا یملک نصابا فاضلا عن دینه لانه اذا
ملک ذلک کان غنیا واذا لم یملکه وما فی یده مستحق بالدین وجوده وعدمه سواء کان فقیرا وقوله
فی اصلاح ذات البین ای الصلح بین المتعادیین لزوال الاختلاف وحصول الائتلاف والنائرة
العداوة والشحناء وقوله منقطعوا الغزاة ای فقراء الغزاة وکذلک المراد بمنقطعی الحاج فقراؤهم
منهم ولا یصرف الی اغنیاء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء لقوله صلی الله علیه وسلم خذها من اغنیائهم
وردها فی فقرائهم وقال الشافعی یجوز لقوله صلی الله علیه وسلم لا تحل الصدقة لغنی الا لخمسة من جملتهم
الغزاة فی سبیل الله وتاویله الغنی بقوة البدن ومعناه ان المستغنی بکسبه لقوة بدنه لا یحل
له طلب الصدقة الا اذا کان غازیا فیحل له لاشتغاله بالجهاد عن الکسب وذکر الخمسة فی التجنیس
فقال لا تحل الصدقة لغنی الا لخمسة الغازی والعامل علیها والغارم ورجل اشتراها بماله ورجل
تصدق علی المسکین فاهداها المسکین الیه وذکر فی المصابیح وفی روایة وابن السبیل فان قیل
قوله وفی سبیل الله مکرر سواء کان منقطع الغزاة او منقطع الحاج لانه اما ان یکون له فی وطنه
مال او لا فان کان فهو ابن السبیل وان لم یکن فهو فقیر فمن این یکون العدد سبعة اجیب بانه فقیر
الا انه ازداد فیه شیء آخر سوی الفقر وهو الانقطاع فی عبادة الله من جهاد او حج فلذلک غایر الفقیر

المطلق فان المقید یغایر المطلق لا محالة ویظهر اثر التغایر فی حکم آخر ایضا وهو زیادة التحریض
والترغیب فی رعایة جانبه التی استفیدت من العدول عن اللام الی کلمة فی فان فی ذلک ایذانا
بانهم ارسخ فی استحقاق التصدق علیهم ممن سبق ذکرهم لان فی للظرفیة فنبه علی انهم احقاء
بان یوضع فیهم الصدقات واذا کان کذلک لم تنتقص المصارف عن السبعة وفیه تامل وقوله
فهذه جهات الزکاة یعنی انهم مصارف الصدقات لا مستحقوها عندنا حتی یجوز الصرف الی واحد
منهم وقال الشافعی هم المستحقون لها حتی لا یجوز ما لم یصرف الی الاصناف السبعة من کل
صنف ثلاثة وهم احد وعشرون لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولکونها موضوعة للتملیک
ولنا ان الاضافة لبیان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وقال ابن عباس المراد بیان المصارف
فالی ایها صرفت اجزاک کما ان الله تعالی امرنا باستقبال الکعبة فاذا استقبلت جزءا منها کنت
ممتثلا للامر الا تری ان الله تعالی ذکر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا ان المقصود
سد خلة المحتاج فصاروا صنفا واحدا فی التحقیق وقوله وهذا لما ذکرنا لان الاضافة
لبیان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق لما عرف ان الزکاة حق الله وبعلة الفقر ای الحاجة
صاروا مصارف لما ذکرنا ان الله تعالی ذکر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فلا یبالی باختلاف
جهاته وقوله ولا یجوز ان یدفع الزکاة الی ذمی ما ضم والضمیر فی اغنیائهم راجع الی المسلمین بالاجماع
لان الزکاة لا تجب علی الکافر فکذا ضمیر فقرائهم لئلا یختل النظم فان قیل هذا زیادة علی النص
وهو قوله انما الصدقات بخبر الواحد وهو لا یجوز اجیب بانه مشهور تلقته الامة بالقبول فجاز
الزیادة به وقوله ویدفع ما سوی ذلک من الصدقات یعنی الی الذمی لانه هو المذکور ولا دون
الحربی والمستامن وفقراء المسلمین اولی وقوله تصدقوا علی اهل الادیان کلها یقتضی شیئین
احدهما ان یجوز الصرف الی الحربی والمستامن والثانی جواز دفع الزکاة ایضا واجاب عن الثانی
بقوله ولولا حدیث معاذ لقلنا بالجواز فی الزکاة لان قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا
التصدق فمنهم من قال معناه انه مخصوص به ولیس بشیء لان المطلق لیس بعام ومنهم من یقول
معناه العمل به بالدلیل وذلک لان قوله علیه السلام تصدقوا علی اهل الادیان کلها یقتضی
جواز دفع الزکاة الیهم وحدیث معاذ یقتضی عدمه فعملنا بحدیث معاذ فی الزکاة وبالآخر
فیما سواها من الصدقات الواجبة کصدقة الفطر والصدقة المنذورة والکفارات عملا بالدلیلین
ولم یذکر الجواب عن الاول واجیب عنه بانه مخصوص فی حق الحربی والمستامن بقوله تعالی انما
ینهاکم الله عن الذین قاتلوکم وفیه نظر لانه الحقه ببیان التقریر وهو عین المخصص علی ما عرف فی
الاصول ولا یدفع ما قیل کلمة کل لتاکید الادیان لا لتاکید الاهل فتامل فانه غامض وسلمنا ه
ولکن یقتضی ان یکون المخصص مقارنا عندنا ولیس بثابت علی ان فی الآیة النهی عن التولی لا
عن البر فلا یکون له تعلق بالصدقة ویمکن ان یقال الحربی بالمقاتلة معهم بآیات القتال اذا کان
شیء منها متاخرا عن هذا الحدیث کان ناسخا فی حقهم وان لم یکن لم یبق الحدیث معمولا به فی
حقهم لان التصدق علیهم مرحمة لهم ومواساة وهی منافیة لمقتضی الآیة ولیس فی ترتیبها

فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولاً به في حق اهل الذمة عملاً بالدليل بقدر الامكان وقوله وهو
الركن لان الاصل في دفع الزكاة تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزءاً من المال مع قطع منفعة
المدفوع عن نفسه مقروناً بالنية ولقائل ان يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة اذ ليس في الادلة
النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وانتم جعلتم
اللام للعاقبة دون التمليك والجواب ان معنى قولهم للعاقبة ان المقبوض يصير ملكاً لهم في العاقبة فهم
مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم تبق دعوى مجردة
وقوله لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل ان الداين والمديون اذا تصادقا ان لا دين
بينهما فللمؤدي ان يسترد المقبوض من القابض فلم يصر ملكاً للقابض وانما قيد بدين الميت
لانه لو قضى دين حي بامره وقع عن الزكاة كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض
الصدقة وقوله ولا يشترى بها رقبة ظاهر وقوله ولا يدفع المزكي زكاته الى ابيه ممن ان يكون بينهما
قرابة ولاد اعلى او اسفل واما ما سواهم من القرابة فيتم الايتاء بالصرف اليهم وهو افضل لما فيه من صلة
الرحم وقوله للاشتراك في المنافع عادة لان الله تعالى قال ووجدك عائلاً فاغنى قيل بمال خديجة
وقوله لما ذكرنا يعني من اشتراك المنفعة الا ترى ان كل واحد منهما متهم في حق صاحبه حتى لا تقبل شهادته
له وان كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب كما في الولاد فكان الولاد مانعاً فكذا ما يتفرع منه الولاد
وقوله قلنا هو محمول على النافلة لما روي انها كانت امراة صنعاء اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك
وبه نقول وقوله وله حق في كسبه كما تبين ظاهر لانه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية
نفسه وقوله ولا الى عبد اعتق بعضه بضم الهمزة بان يكون عبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو
معسر لا يجوز للآخر دفع زكاته اليه لانه بمنزلة المكاتب عنده وحر مديون عندهما وقوله وبخلاف
امراة الغني يعني فانه يجوز الدفع اليها اذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي
عن ابي يوسف انه لا يجوز لانها مكفية المؤنة بما تستوجب النفقة على الغني حالة اليسار والاعسار فالصرف
اليها كالصرف الى ولد صغير لغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق بينها وبين الولد الصغير
للغني انه يستوجب النفقة عليه بالجزئية وكان الصرف اليه كالصرف الى الغني وقوله ولا يدفع الى
بني هاشم الى قوله بمنزلة التبرد بالماء ظاهر واعترض عليه بان التشبيه بالوضوء على الوضوء كان
انسب باعتبار وجود القربة فيهما ولهذا اختار صاحب الفتاوى الكبرى حرمة التطوع ايضا وذكر
في شرح الآثار ان المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما وعن ابي حنيفة فيها روايتان واجيب
بان المال في التطهير دون الماء لان المال مطهر حكماً والماء حقيقة وحكماً فيكون المال المطهر ادون
دون وقبح فجعلناه متدنساً في الفرض دون النفل عملاً بالوجهين وقوله وهم آل علي ظاهر وقوله
واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم هو ابو رافع روى صاحب السنن مسنداً
الى ابي رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني كيما تصيب منها
نصيباً قال حتى آتي النبي فاسأله فاتاه فسأله فقال مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة
فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجب الجزية على عبد كافر اعتقه القرشي لانه لا جزية عليه اجاب بقوله

بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبداً نصرانياً حيث توضع منه الجزية ويعتبر حال المعتق بفتح التاء لانه
هو القياس فان القياس ان لا يلحق المعتق بالمعتق في حالهما لان كل واحد منهما اصل بنفسه من حيث البلوغ
والعقل والحرية وخطاب الشرع والالحاق لمكان بالنص في حق الصدقة فلا يتعداه ولهذا يؤخذ
من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة وقوله قال ابو حنيفة ومحمد هذا على ثلاثة اوجه
اما ان ظهر انه كان محلاً للصدقة او لم يظهر حاله عنده اصلاً او ظهر انه لم يكن محلاً ففي الاولين يجوز
بالاتفاق وفي الثالث جاز عند ابي حنيفة ومحمد ولا اعادة عليه وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر
الحلواني انه لا رواية فيه واختلفوا فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به وقيل
يرده على المعطي على وجه التمليك ليعيد الايتاء وقال ابو يوسف فعليه الاعادة ولكن لا يسترد ما اداه
لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ففي الاواني
الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فان غلبت الطاهرة مثل ان يكون اناءان طاهران وواحد نجس فانه
لا يجوز ان يترك التحري فاذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطاء يعيد الوضوء واما اذا غلبت الطاهرة
او تساويا يتيمم ولا يتحرى واما الثياب الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة وليس ثمه علامة تعرف
بها فانه يتحرى مطلقاً فاذا صلى بثوب منها بالتحري ثم ظهر خطاؤه اعاد الصلاة واما عدم
استرداده فلان فساد جهة الزكاة لا ينقض الاداء ولهما حديث معن بن يزيد وهو ما روي
ان يزيد دفع صدقته الى رجل ليدفعها الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما اصبح رآها معه
فقال يا بني والله ما اياك اردت فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام يا يزيد
لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وجوز ذلك ولم يستفسر ان الصدقة كانت فريضة
او تطوعاً وذلك يدل على ان الحال لا يختلف ولان مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة وقوله
ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دليل يتضمن الجواب عن قوله وامكان الوقوف
على هذه الاشياء يعني سلمنا ان الوقوف على هذه الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان
كذلك يبنى الامر فيه على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة فانه اذا وقع عنده انه
مصرف صح الاداء لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وعن ابي حنيفة في غير الغني انه اذا ظهر
انه هاشمي او كافر او انه ابوه او ابنه لا يجزيه والظاهر هو الاول يعني الاجزاء في الكل وقوله
وهذا اي عدم الاعادة اذا تحرى حاصل هذه المسئلة على اربعة اوجه اما ان يدفع زكاة ماله
رجلاً بلا شك ولا تحر او شك في امره فالاول يجزيه ما لم يتبين انه غني لان الفقر في القابض
اصل والثاني اما ان تحرى او لا فان لم يتحر لم يجزه حتى يعلم انه فقير لانه لما شك وجب عليه التحري
كما في الصلاة فاذا تركه بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز الا اذا ظهر انه فقير لان الفقر هو
المقصود وقد حصل بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما ان يكون في اكبر رأيه انه
مصرف او ليس بمصرف فان كان الثاني لم يجزه الا اذا ظهر انه فقير فاذا ظهر صح هو الصحيح وثم
بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة
ثم اعرض عن الجهة التي ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى ثم تبين انه اصاب القبلة لانه

اعادة الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد والاصح هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة
فاذا كان عنده ان فعله معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه به واما التصدق على الغني فصحيح
وليس فيه من معنى المعصية شيء ويمكن اسقاط الواجب عند اصابة محله بفعله فكان العمل بالتحري
لحصول المقصود وقد حصل بغيره وان كان الاول فان ظهر انه فقير او لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق
فان ظهر انه غني فكذلك عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال تلزمه الاعادة كما ذكرناه
وهو قول الشافعي رحمه الله قوله وهو الركن اما التمليك هو الركن في الزكاة كما مر
ولا يجوز دفع الزكاة من ملك نصابا سواء كان من النقود او السوائم او العروض وهو فاضل عن حوائجه
الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكاة
اليه وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له الف درهم وعليه دين الف درهم وله دار وخادم وفرس وسلاح
لغير التجارة قيمتها عشرة الاف درهم فلا زكاة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل
عن حاجته معد للتقلب والتصرف فيه وكان الدين مصروفا اليه فاما الدار والخادم والفرس والسلاح
فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي
مالا عظيما ولكنه يحتاج اليها يحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم
وقوله وانما النماء شرط الوجوب يعني ان الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج
الاصلية ناميا كان او غير نام وانما النماء شرط وجوب الزكاة ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك
وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي لا يجوز دفعها الى الفقير الكسوب لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة
لا يوقف عليها لكونها خفية ولها دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامها كما في الاخبار عن المحبة
فيما اذا قال ان كنت تحبيني فانت طالق فقالت احبك وتاويل ما رواه حرمة الطلب الا بيان له
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسالانه فنظر
اليهما وراهما جلدين فقال انه لا حق لكما فيه وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا
ترى انه جوز الاعطاء اياهما قوله ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا قيل معناه اذا
لم يكن له عيال ولا دين عليه اما اذا كان مديونا فلا باس بان يعطيه مقدار ما لو وزعه على عياله
اصاب كل واحد منهم دون المائتين لان الصدقة عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه
دين فلا باس بان يعطيه مائتين او اكثر مقدار ما اذا قضى به دينه يبقى له دون المائتين وكذلك ذكر
هذه المسئلة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين فقال ويكره ان يعطي رجلا من الزكاة مائتي درهم
اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال ابو يوسف لا باس باعطاء المائتين ويكره ان يعطيه فوق المائتين
وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المائتين ووجه قول ابي يوسف ان جزءا من المائتين مستحق بحاجته للحال
والباقي دون المائتين فلا يثبت به صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المائتين ووجه قول زفر ان الغنى
قارن الاداء لان الاداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا مقرر
عند علمائنا المحققين ذكره الامام المحقق فخر الاسلام وغيره في اصول الفقه ولنا ما ذكره ان الغنى حكم

الاداء

حكم الاداء وحكم الشيء يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية لا يجوز ان يتاخر عنها
كما قال زفر فما وجه هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الاداء الغنى حكم حكم الاداء
وذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنى فكان الغنى مضافا الى الاداء لكن بواسطة الملك
فكانت للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة
وما كان يشبه السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شراء القريب للاعتاق
فان الشراء علة الملك والملك في القريب علة العتق بالحديث فكان العتق حكم حكم الشراء
فلذلك جازت نية الكفارة عند الشراء لشبهة تقدم الشراء على العتق بوجود الواسطة
وليس في كلام المصنف ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقير وانما يثبت الغنى
بحكمه وحكم الشيء لا يصلح مانعا لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان
البقاء يستغني عن الفقر وهذا يشير الى التاخر كما ترى والحكم لا يتاخر عن العلة الحقيقية
واقول الحكم يتعقب العلة في العقل ويقارنها في الوجود فبالنظر الى التاخر العقلي جاز
وبالنظر الى التقارن الخارجي يكره ولعل المراد بقوله لقرب منه وقوله وان يغني به
انسانا احب اليه هذا خطاب ابي حنيفة لابي يوسف وانما صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم
عن ذل السؤال مع اداء الزكاة ولهذا قالوا ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا
ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغناء عن السؤال في يومه لا ان يملكه نصابا لان
الاغناء مطلقا مكروه كما تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم يكن مديونا او معيلا بناء
على ما تقدم قوله ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن القدوري يكره نقل
الزكاة الى بلد اخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا نقل
اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصنف مطلق الفقراء بالنص
واما الكراهة فلحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا
نقل الى قرابته فلما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان
المقصود سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح عن معاذ انه كان يقول
باليمن ايتوني بخميس او لبيس اخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة
والخميس الثوب الصغير طوله خمسة اذرع واللبيس الخلق وطولب بالفرق بين هذه
وبين صدقة الفطر فانه اعتبر ههنا مكان المال وفي صدقة الفطر من يجب عليه في ظاهر الرواية
اجيب بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن راسه فحيث كان راسه وجب عليه ورؤوس
مماليكه في حق راسه في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فتجب حيث ما كانت رؤوسهم
واما الزكاة فانها تجب في المال ولهذا اذا هلك سقطت فاعتبر بمكانه والله تعالى اعلم بالصواب

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة والصوم اما بالزكاة
فلانها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة واما بالصوم فباعتبار الترتيب
الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب

لما ان المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه خصوصاً اذا كان مضافاً الى غير طهارة والصدقة عطية
يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها لان بها يظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق
رغبة الرجل في المرأة قال رحمه الله صدقة الفطر واجبة الوجوب هنا على معناه
الاصطلاحي وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب وقوله فاضلاً عن مسكنه قال في النهاية
حتى لو كان له دار يسكنها واخرى لا يسكنها ويؤاجرها او لا يؤاجرها تعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها
مائتي درهم وجبت عليه صدقة الفطر وقوله وعبيده يعني التي للخدمة فان التي تكون للتجارة فيها الزكاة
وقوله صغيراً او كبيراً صفتان لعبد ولا يجوز ان يكونا صفتين لحر وعبد لانه لا يجب صدقة الفطر عن ولده
الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها وسبب وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من يجب عليه ومن يجب
عنه وقوله رواه ثعلبة بن صعير العذري او صعير العدوي قال الامام حميد الدين الضرير العذري يعني
بالعين والذال المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل
الحديث ينقلونه كنيته ابو صعير العذري وقوله لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى
فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو اي الحديث حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة
على قوت يومه لنفسه وعياله استدلالاً بما ذكر في حديث ابن عمر غني او فقير لانه محمول اما على ما كان
في الابتداء ثم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى واما على الندب لانه قال في
آخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله افضل مما اعطى وقوله وقدر اليسار بالنصاب
ظاهر وقوله ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب بما له النماء لانها وجبت بالقدرة الممكنة
والنمو انما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على ما عرف في الاصول وقوله ويتعلق
بهذا النصاب يشير الى وجود نصب قيل وهي ثلاثة نصاب يشترط فيه النماء يتعلق به الزكاة وسائر
الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب يجب به احكام اربعة حرمة الصدقة ووجوب
الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النمو لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب يثبت
به الحرمة السؤال وهو ما كان عنده قوت يومه عند بعض وقال بعضهم ان يملك خمسين درهماً وقوله يخرج
ذلك اي المقدار المذكور عن نفسه لحديث ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على
الذكر والانثى والحر والمملوك صاعاً من تمر او صاعاً من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر
قوله لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكاة الرأس وهي اي الاضافة امارة
السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوهها اضافة المسبب الى السبب لحدوثه به فان قيل لو كانت
الاضافة امارة السبب لكان الفطر سبباً لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم اجاب
بقوله والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته فكانت اضافة مجازية ولهذا تتعدد الصدقة بتعدد
الرأس مع اتحاد اليوم فعلم ان الرأس هو السبب دون الوقت فان قيل قد تكرر بتكرر الوقت في السنة الثانية
والثالثة وهلم جرا مع اتحاد الرأس ولو كان الرأس هو السبب لما كان الوجوب متكرراً مع اتحاده اجيب
بان الرأس انما جعل سبباً بوصف المؤنة وهي تتكرر بمضي الزمان فصار الرأس باعتبار تكرر وصفه
كالمتكرر بنفسه حكماً فكان السبب هو المتكرر حكماً وقوله والاصل في الوجوب رأسه ظاهر وقوله ومماليكه

بالجر يتناول العبيد والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتب على ما سنذكره وقوله
فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد رحمه الله وهو قول
زفر وهو القياس لا يؤدي الا من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة
كزكاة المال فلا تجب على الصغير ولانها عبادة والصغير ليس باهل لوجوبها وجه الاستحسان
ان الشرع اجراها مجرى المؤنة حيث اوجبها على الانسان من جهة غيره فاشبهت النفقة ونفقة الصغير
في ماله اذا كان له مال وكما يؤدي عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون
في ذلك بمنزلة الصغير قال رحمه الله ولا يؤدي عن زوجته قال الشافعي
يجب على الرجل ان يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهو
يمون زوجته ولنا ما ذكر في الكتاب ووجهه انه صلى الله عليه وسلم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق
ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولذلك لا بد
من الولاية وليس له عليها الولاية الا في حقوق النكاح ولا يؤدي عن اولاده الكبار وان كانوا
في عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالاجانب وقوله ولو ادى
عنهم ظاهر وهو استحسان والقياس ان لا تصح كما اذا ادى الزكاة بغير اذنها وجه الاستحسان
ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان تسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحاً وفي العادة
ان الزوج هو الذي يؤدي عنها فكان الاذن ثابتاً عادة بخلاف الزكاة فانها عبادة محضة
لا تصح بدون الاذن صريحاً ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولانه لا يمونه ولا المكاتب عن نفسه
لفقره لانه مملوك ما لا ومن كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقد قررناه في التقرير على وجه لم
نسبق اليه فليطلب ثم وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لانها تعدم بالتدبير والاستيلاد
وانما تختل المالية فلا عبرة لها هنا لانه يؤدي عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم لا يخرج
عن مماليكه للتجارة خلافاً للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى فهما
حقان ثابتان في محلين مختلفين فلا تنافي بينهما فجاز اجتماعهما وعندنا وجوبها على المولى بسبب
العبد كالزكاة فلو اوجبناها عليه لادى الى الثنا وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى
في الصدقة والثنا مكسور مقصور اي لا يؤخذ في السنة مرتين فان قيل سبب الزكاة فيهم المالية
وسبب الصدقة مؤنة رؤسهم ومحل الزكاة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذاً هما حقان مختلفان
سبباً ومحلاً فلا يؤدي الى الثنا لان الثنا عبارة عن تثنية شيء واحد وهما شيئان وكانا كنفقة
عبد التجارة مع الزكاة اجيب بان الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال ادوا عمن تمونون وهذا
العبد معد للتجارة لا للمؤنة والنفقة التي يخرجها فيهم لطلب الزيادة منهم فيكون ساقط العبرة
بحكم القصد لا ترى ان المضارب يملك هذا الانفاق وهو غير مأذون الا بالتجارة واذا سقطت
المؤنة حكماً في مال التجارة اشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب
او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم بهذا ان سقوط صدقة الفطر ههنا
لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا للتنافي بين الواجبين وقوله والعبد بين الشريكين

لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد وقد تقدم ان الولاية والمؤنة
الكاملتين سبب ولم توجدا وقوله وكذا العبيد بين اثنين يعني لا تجب الصدقة عند ابي حنيفة
وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص اي الكسور حتى لو كان بينهما خمسة اعبد
يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا تجب عن الخامس فابو حنيفة مر على اصله فانه
لا يرى قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق
جبرا وباعتبار القسمة يملك كل واحد منهما في البعض متكاملا والحاق ابي يوسف بمحمد ههنا مخالف
لما ذكره في المبسوط حيث قال فان كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا يجب على واحد
منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في
نفسها ومذهب ابي يوسف مضطرب والاصح ان قوله كقول ابي حنيفة وعنده ان القسمة تبتنى
على الملك فاما وجوب الصدقة فيبتنى على الولاية لا على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا ملك له كالولد
الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من هذه الرؤوس كما تقدم ووجه قوله اذا كان كقول
محمد هو ما ذكره في الكتاب وهما يريانها وقيل هو بالاجماع اي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين
اثنين باجماع علمائنا الثلاثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا تتم
الرقبة لكل واحد من الشريكين وقوله ويؤدي المسلم الفطرة اي صدقة الفطر عن عبده الكافر لاطلاق
ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد ولقوله صلى الله
عليه وسلم في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولان السبب قد تحقق
وهو رأس يمونه بولايته عليه والمولى من اهله اي من اهل الوجوب لا يقال انما يرد قبل الذكر لان الشرع
قائم مقام الذكر وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله وهو مستدل
لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد فان
كلمة على للايجاب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء
وهم الموالي وكلمة على في حديث ابن عمر بمعنى عن كما في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن
الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق اما عندنا فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه
ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يبتنى على اهلية اداء العبادة والكافر ليس باهل له
والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع
عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع
وقوله معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال الامام حميد الدين الضرير فعلى هذا من قبيل اطلاق
اسم الكل وارادة البعض لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر على من له الخيار لان سبب الصدقة
الولاية الكاملة والولاية لمن له الخيار لانه ان اجازه تم وان لم يجزه انفسخ وقال الشافعي على من له
الملك وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية
لانه اي لان صدقة الفطر بمعنى التصدق من وظائف الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها
في مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف يعني سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد

لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبنى
عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع بخلاف النفقة فانها وان كانت تبتنى
على الملك لكنها تثبت للحاجة الناجزة اي الواقعة في الحال فلا يقبل التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل
لا بحسب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه واولاده الصغار وزكاة التجارة
على هذا الخلاف يعني اذا كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على انه بالخيار فحال الحول
والخيار باق فزكاته على من يصير له الملك او على من له الخيار او على من له الملك لان العرض بدل العبد
وحولان الحول على البدل كالحول على المبدل لكن نقل عن حميد الدين الضرير وقيل صورتها
عشرين دينارا ولآخر عرض يساوي في القيمة ومبدأ حولهما على السواء فقبل تمام الحول باع
صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له او للمشتري فازداد قيمة العرض في مدة الخيار
قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء وان تقرر للمشتري
يجب عليه ذلك ايضا عندنا والله تعالى اعلم بالصواب

مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشرطه ومن يجب عليه ومن يجب عنه شرع في بيان ما يؤدى به صدقة الفطر
وقدره ووقته وكلامه واضح وقوله لحديث ابي سعيد الخدري روي عن عياض بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد
الخدري يسأله عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من
الطعام او صاعا من التمر او صاعا من الشعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة بن
صعير وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون وقال ابو الحسن الكرخي لم ينقل عن احد
منهم انه لم يجوز اداء نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا وقوله وقالا في الزبيب
انه اي الزبيب والتمر يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاستعمال فانه يشبه التمر من حيث
انه حلو مأكول ولا يحتاج لكما التمر نواة وقوله واراد بدقيق الحنطة او صاحب العقود من قوله او دقيق
او سويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكعينه والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق
القدر والقيمة احتياطا حتى اذا كان منصوصا عليهما يتأدى باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار
القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع من دقيق البر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر واما
لو ادى منا او نصف من من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او ادى نصف صاع
من دقيق البر ولكن لا تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط وقوله وان نص
على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم
زكاة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيقه وقوله ولم يبين ذلك في الكتاب اي مراعاة
الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبينه محمد في الجامع الصغير اعتبارا للغالب فان الغالب
ان قيمة نصف صاع من الدقيق تساوي نصف صاع من البر او تزيد وان كان يتوهم ان لا يكون
كذلك في بعض الاوقات وهو وقت البذر فلذلك امرنا بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد
من الدقيق الى ان تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح خلافا
لبعض المتأخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين فانه اذا ادى منوين من خبز الحنطة جاز لانه

لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو الاول
لانه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا يعتبر فيه القيمة حتى
لو ادى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او اكثر لم يجز لان في اعتبار القيمة ابطال
التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهو لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص باعتبار
القيمة اذ ليس فيه ابطال لذلك ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة لان
العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير
بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو وزن الرجل
منوين من الحنطة واعطاها الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة في الوزن
وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الآثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال
وقوله والدقيق اولى من البر واوضح **قال** رحمه الله والصاع عند ابي حنيفة ومحمد
ثمانية ارطال بالعراقي اختلف العلماء في الصاع فقال ابو حنيفة ومحمد هو ما يسع فيه ثمانية ارطال بالرطل
العراقي فكل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو
قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان وهذا اصغر بالنسبة الى الثمانية ارطال ولنا
ما روى انس وجابر انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا
كان صاع عمر وكان قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمن على اهل العراق ويقول في خطبته يا اهل العراق
يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع
العراق وقوله وهو اصغر الصيعان جواب عن قول ابي يوسف يعني انه صح ما رويتم فهو ليس بحجة لانه
اصغر من الهاشمي لان الصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي صلى الله عليه
وسلم استعمل العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان وقوله ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر
يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط فهو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب حتى اذا
قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ويجب على المولى صدقة فطره قبل
العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشروط في الوجود وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير
من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب عليه صدقة الفطر عندنا وعنده لا تجب وقوله وعلى
عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده عندنا لا تجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر
من يوم الفطر وعنده تجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهو يحتج
له ان اي وجوب الفطرة تختص بالفطر لما نقل ان ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة
الفطر من رمضان وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للاختصاص
والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر يضاد الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه لا من
الاخير ان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد بها ما يضاد الصوم
وقوله ويستحب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن بن زياد وخلف بن ايوب ونوح بن ابي
مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد

دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم
يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لان بمضي النصف قرب الفطر الخاص فاخذ حكمه
ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ادى بعد تقرر
السبب فاشبه التعجيل في الزكاة وعن هذا قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر
جاز وقوله وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط يعني وان طالت المدة وكان عليهم اخراجها
وقال الحسن تسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط
بمضي ايام النحر ولنا ما ذكره ان وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة
في كل وقت لدفع حاجة الفقير او للاغناء عن المسئلة فلا يتقيد وقت الاداء فيها بل يجوز ان
يتعدى الى غيرها فلا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة بخلاف الاضحية فان القربة فيها
اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص
والله اعلم بالصواب

كتاب الصوم

ذكر محمد في الجامع الكبير كتاب الصوم
عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة واخره عن الزكاة ههنا لانه
كالوسيلة للصلاة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف الصلاة عليه وجودا كما
الطهارة لذلك فاخر عنها حط الرتبة الوسيلة عن المقصود ولو قيل قدم الزكاة على الصوم لانه
تعالى قرن ذكر الزكاة بالصلاة في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة وكان الاقتداء بالكتاب
اولى كان اسهل ماخذا واوجه وههنا معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه
وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة الى اكثرها والفطن يكتفي بذلك **قال** رحمه الله
الصوم ضربان واجب ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية
ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا تنقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها
عسير فاذا ذكر اقسامها سهل امر تعريفها وكل منه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر
واريد به الفرض والواجب وفي ذلك المحذور المعروف على مذهبنا ويمكن انه يقال اراد بالواجب الثابت
علينا فيندفع المحذور قوله ولهذا يكفر جاحده بضم الياء وفتح الفاء بلا تشديد ومعناه يحكم
بكفر جاحده ومنه لا تكفروا اهل قبلتكم اي لا تدعوهم كفارا وقوله والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا
نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان
واجيب بانه قد خص من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المرضى
او ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية فلما خص هذه
المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعا كالاية المأولة وخبر الواحد وفيه نظر لان من شرط
التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا اولا ولان قوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار ولم ينتف به عنه
اثبات الفرضية واقول في الجواب عن الاول ان الامر لتفريغ الذمة عما وجب عليه من السبب فان كان
السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا وان كان من العبد يكون واجبا

كما في المنذور فرقا بين ايجاب الرب وعبده ثم الامر الوارد من الشرع يكون لاداء ذلك وحينئذ
لا يلزم ان يكون ليوم رمضان مقيدا للفرضية كما افادها ليضم الاحصاء في السبب الموجب وهذا يغني عن
الجواب عن الثاني وقد قيل في الجواب عنه ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان وذوي
الاعذار فلا يكون دخولهم فلا يكون ثم تخصيص وسبب الاول يعني الفرض الشهر لانه يضاف اليه
والاضافة دليل السببية لما تقدم ويتكرر بتكرره فانه كلما دخل رمضان وجب صومه فذلك
ايضا دليل السببية وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات
متفرقة لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا اداء وهو الليالي فصار كالصلوات
وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية
سواء وقد عرف ذلك في الاصول وقوله وسبب الثاني اي المنذور المعين هو النذر وقوله والنية من شرطه
اي من شرط الصوم بانواعه وسنبينه اي سنبين شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط
واراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية
المتاخرة المقترنة باكثره واراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعيينه لله تعالى لان النية
عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسيرا للنية كذا في بعض الشروح وقوله وتم قوله
في الخلافية اي في المسئلة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافا للشافعي قوله صلى الله
عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام وقوله ولانه لما فسد الجزء
الاول ظاهر وقوله لانه متجز عنده ذكر في الوجيز النفل يجوز بنية التطوع قبل الزوال وبعده في قول
وهذا بشرط خلو اول اليوم عن الاكل وروي ان ابا شريح من اصحابه لم يشترط ذلك ولنا قوله صلى الله
عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم
وهذا لا يقبل التاويل وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه انه لم ينو انه يصوم من الليل
يعني ان معنى قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل بل نوى
ان صيامه من وقت النية قيل الصلة اذا تعقبت فعلا ومفعولا وامكن تعلقها بكل واحد منهما فانها
تتعلق بالفعل دون المفعول كما يقال اتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تتعلق بالاتيان لا بالمفعول
كذلك ههنا واجيب بانه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص قيل قوله فليصم يحتمل
الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص اجيب بانه لا يحتمل ذلك ههنا لانه لو كان كذلك لكان الاكل
وعدمه سواء فلا فائدة في قوله ومن لم ياكل وقوله لانه دليل معقول يجوز تقريره على هذا الوجه
سلمنا ان ما رواه ليس بمحمول على شيء مما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فيصار الى ما بعده من الحجج
وهو القياس وهو معنا لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم يتوقف الامساك
في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا اي توقف الامساك على ما ذكرنا لان الصوم
ركن واحد ممتد يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى ما يعينه للعبادة وهو النية
فانها شرعت لتعيينه لله تعالى فان وجدت من اوله فلا كلام وان وجدت في اكثره جعلت كانها
وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح جنبة الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من

من المواضع كذلك واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطا كما في الصلاة والحج
حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ولا يجعل للاكثر حكم الكل لان كلا منهما اركان مختلفة
كالركوع والسجود والوقوف والطواف فيشترط قرانها بالعقد على ادائها لئلا تخلو بعض
الاركان عن النية وقوله بخلاف القضاء جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية
المتاخرة فيه جائزة لذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل ووجهه انا كان ذلك لانه
اي الامساك توقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته
بمجيء اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم قد وقع عنه فلا يكون جعله من
القضاء الا قبل ان يقع منه وذلك انما يكون بنية من الليل وقوله وعلى هذا اضمر الزوال جواب عما يقال
اذا كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهه ان الاصل ان تكون
النية مقارنة لحالة الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما بعد
الزوال فتحققت خشية الفوات وقوله ثم قال في المختصر اي في مختصر القدوري فان لم ينو حتى اصبح
اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح ووجهه ما ذكره
في الكتاب وقوله ولا فرق بين المسافر والمقيم يعني في جواز النية قبل نصف النهار خلافا لزفر فانه
يقول امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف
امساك المقيم ولنا ان المعنى الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية في الاكثر مقام وجودها في
جميع الوقت لم يفصل بين المسافر والمقيم وال ... رحمه الله وهذا الضرب من الصوم
اراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكره في اول الكتاب قوله يتادى بمطلق النية اي بان
يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب آخر بان ينوي عن كفارة او غيرها قيل هذا
في صوم رمضان مستقيم فاما في النذر المعين فلا لانه يقع عما نوى من الواجب اذا كانت النية
من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره فحينئذ قول المصنف وهذا الضرب لا يتادى على اطلاقه
واجاب شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال موجب كلام المصنف انه يتادى المجموع
بالمجموع والبعض بالبعض والبعض بالمجموع لا ان كل فرد يتادى بالمجموع فيظهر للكلام وجه
صحة وقال الشافعي في نية النفل عابث اي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها له قولان
في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه وقوله لانه بنية النفل دليل على النفل اي انه بنيته
النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كالمعرض بترك النية فلا يكون له الفرض ومن
هذا يظهر وجه اصل قوليه في مطلق النية لانه لم يصر معرضا بهذه النية فيجوز ووجه قوله الآخر
ان صفة الفرضية قربة كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة واذا
انعدمت الصفة ينعدم الصوم ضرورة ولنا ان الفرض متعين فيه لقوله عليه السلام اذا انسلخ
شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان يصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب
باسم جنسه بان يقال يا حيوان كما يصاب باسم نوعه بان يقال يا انسان واسم علمه مثل ان يقال يا زيد
لا يقال المتوحد في المكان انما يصاب باسم جنسه اذا كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله

فلم يُنل باسم جنسه لان كونه معدوما لما يمنع باسم نوعه بان نوى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع
ان ينال باسم جنسه دفعا للتحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل او واجب آخر
لان المتوحد في الدار ينال باسم جنسه لا باسم غيره فان زيدا لا ينال باسم عمرو اجاب بقوله واذا نوى النفل
او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان الوقت لا يقبلها فبقي الاصل
اذ ليس من ضرورة بطلان الوصف اذا لم يكن فصلا منوعا بطلان الاصل واصل الصوم جنسه وذلك
كاف وموضعه اصول الفقه وقد قررناه في الانوار والتقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم
عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة ثبتت كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند
ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال اذ
القضاء لا ذم للحال فهو مؤاخذ به ومخير في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا
مات قبل الادراك لا يلزمه شيء وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية بين المسافر والمريض خلاف لما
ذكره العلامتان في التحقيق فخر الاسلام وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح انه
يقع صومه عن رمضان لان اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم فاما عند القدرة فهو والصحيح سواء
بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب الايضاح
وكان بعض اصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح انهما يستويان وهو قول الكرخي
اختاره المصنف وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة في نية التطوع من المسافر روايتان في رواية ابن سماعة يقع
عن الفرض لما ذكر في الكتاب انه لما صرف الوقت الى الاهم وهو اسقاط ما وجب عليه وانما قصده تحصيل الثواب وهو
في الفرض اكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم ونيته في شعبان
تقع عما نوى نفلا كان او واجبا فكذلك هذا واما المريض اذا نوى عن التطوع فان صومه يقع عن الفرض وهو
الظاهر والحال الناطق قياس التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر ابي يوسف توجب ان يكون للمريض
جائزا عن التطوع قال رحمه الله والضرب الثاني ما ثبت في الذمة المراد من الثبوت
في الذمة كونه مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله اليه كقضاء رمضان وصوم
كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر المطلق
فاذا كان كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء وقوله والنفل كله يجوز
بنية قبل الزوال اي قبل انتصاف النهار سواء كان مسافرا او مقيما خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا
من قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما كان يصبح
غير صائم اني اذًا لصائم عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه ويقول هل عندكن
من غداء فان قلن لا قال اني اذا لصائم وقوله ولان المشروع ظاهر وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله
ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وقوله ولو نوى بعد الزوال
ظاهر مما تقدم وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان لان الشهر قد يكون
تسعة وعشرين يوما كما قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه وحبس ابهامه في الثالثة
قوله فان رؤي صاموا كلامه واضح وقوله ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا يوم الشك هو اليوم الذي يحتمل ان يكون

آخر شعبان

آخر شعبان واول رمضان لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وقوله
وهذه المسألة على وجوه ذكرها المصنف خمسة ووجه الحصر ان من صام يوم الشك فاما ان يجزم
في النية او يتردد فيها فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون فيما عليه او لا فان كان فيما عليه فاما ان يكون
في الوقتي او في غيره والوقتي هو الوجه الاول وغيره هو الثاني فان كان في غير ما عليه فهو الثالث
وان كان الثاني فاما ان يكون التردد في اصل النية او في وصفها فالاول الرابع والثاني الخامس وهذا اذا
لم يفرق بين ما يكون بناء او ابتداء في التطوع او الواجب فاما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكره شمس الائمة
في مبسوطه والمصنف ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالاول ان ينوي رمضان
وهو مكروه لما روينا من قوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا
لا يقال لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز لانه بمعنى النهي لتحققه حسا وهو يقتضي المشروعية
على ما عرف ولانه تشبه باهل الكتاب يعني فيما فيه زيادة وذلك يوجب الكراهة كما تقدم وقوله ثم ان ظهر
ظاهر وقوله لانه في معنى المظنون لم يقل لانه مظنون لان حقيقة المظنون ان يبتدئه الظن بعد وجوبه
بيقين والحال انه قد اداه فشرع فيه على ظن انه لم يؤده ثم علم انه اداه واما ههنا فلم يثبت وجوبه
بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة الا ان في كل واحد منهما الشروع مسقطا للواجب عنده لا ملزما كان
كل منهما في معنى الآخر والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
لا يصام الحديث الا ان هذا دون الاول في الكراهة لعدم استلزامه التشبه باهل الكتاب وقوله ثم ان ظهر
ظاهر وقوله لانه منهي عنه فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص كما لو صام يوم
العيد عن واجب آخر وقوله لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان اي بحديث الجوهرية لا تتقدموا على
رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين انما هو بصوم رمضان لما سنذكره وهو لا يوجد بكل صوم بخلاف
يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى يلازم كل صوم فان قيل فعلى هذا كان الواجب ان لا
يكون صوم واجب آخر مكروها اجاب بقوله والكراهة هنا لصورة النهي قال في النهاية لانا اثبتنا الكراهة
لتناول عموم نفي حديث آخر وهو قوله لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث وقال غيره من الشارحين
لصورة النهي لا لحقيقة النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان الا انه لما كان مثل صوم رمضان
في الفرضية اثبتنا فيه نوع كراهة والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا من قوله عليه السلام
الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء بان لا يكون موافقا لصوم كان يصومه
في ذلك اليوم واستدل على ذلك بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا
ان يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك الصوم وهذا نص على الجواز بناء واجاب المصنف بقوله والمراد
بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤدي قبل
اوانه وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو باطل والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت التطوع لا لصوم الشهر
فلا يتصور التقدم بالتطوع فان قيل صوم رمضان هو ما يقع فيه فكيف يتصور التقدم فيه اجيب
بان معناه ان ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال مثلا قدم صلاة الظهر على وقتها فان معناه نواها
قبل دخول وقتها فان قيل فما فائدة قوله عليه السلام يوم او يومين وحكم الاكثر من ذلك كذلك اجيب

بان يوما ويومين ما وصل الى حد الكثرة فيتوهم ان يتوهم بان القليل معفو فيجوز كما في كثير من الاحكام
فنفى ذلك وقوله ثم ان وافق صوما ظاهر وقوله وان افرده يعني لم يوافق صوما يصومه قال محمد رحمه الله
الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقال نصير بن يحيى الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما
فانهما كانا يصومانه ويقولان لان نصوم يوما من شعبان احب الينا ان نفطر يوما من رمضان والمختار
ان يصوم المفتي بنفسه احتياطا عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم اي بالانتظار الى وقت
الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة اي تهمة الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية لان الروافض يتهمون اهل السنة والجماعة
انه لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان عن رمضان وقالت الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن
رمضان وقيل معناه لو افتى العامة باداء النفل فيه عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم
حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو اطلقه فيفتيهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة والرابع ان يضجع
في اصل النية التضجيع في النية التردد فيها وكلامه ظاهر والخامس ان يضجع في وصف النية وقوله بين امرين
مكروهين وهما صوم رمضان وواجب اخر في هذا اليوم الا ان كراهة احدهما وهو نية صوم رمضان اشد
من الاخر وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لشروعه فيه مسقطا يعني لا ملتزما لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب اخر
على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذا قوله وان نوى عن رمضان ظاهر
وقوله لما مر اشارة الى قوله لعدم التردد في اصل النية وقوله ومن راى هلال رمضان وحده ظاهر وهل تقبلها
اولا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من المصر لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة
والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فترجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جاز بعذر كما في المريض
والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار وكان المصير الى ما يجوز بعذر اولى وقيد بقوله
والسماء مصحية وهو من المصر لانها اذا كانت متغيمة او جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما نذكر ولنا
ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فانها تطلق القضاء برده شرعا كما في شهادة الفاسق
وهي ههنا متمكنة لانه ساوى غيره في النظر ظاهرا والمنظر وحدة البصر وحدة المرئي وبعد المسافة فلا تظهر
عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس فيكون غالطا فيورث شبهة عدم الرؤية وهذه الكفارة
تندرئ بالشبهات لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور والخاطئ
كما عرف في الاصول ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه اي في وجوب الكفارة فمن نظر
الى ان المورث للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته قال بوجوب الكفارة قبل الرد
لانتفاء ما يورثها وتحقق الرمضانية لتيقنه بالرؤية ومن نظر الى ان يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه
لقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون الحديث وليس ما نحن فيه من اليوم يوم يصوم الناس فيه لانه
لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اداء ولا قضاء وكان يوم الفطر في حق الناس كافة لعدم التحري وهذا يقتضي ان
لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه حقيقة وعارضه نص اخر وهو قوله عليه السلام صوموا
لرؤيته اورث شبهة الاباحة فيما يندرئ بالشبهات قال بعدم وجوبها ولو اكمل هذا الرجل ثلاثين يوما
لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط لجواز وقوع الغلط كما روي ان عمر خرج في الناس يستقرون
الهلال فقال واحد الهلال يا امير المؤمنين فامر عمر ان يمسح وجهه بالماء ثم قال له اين الهلال فقال فقد

فقال عمر

فقال له عمر لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالا اي الاحتياط بعد ذلك في
تاخير الافطار ولو افطر يعني بعد الثلاثين لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده وعملا
بقوله عليه السلام وفطركم يوم تفطرون قال رحمه الله واذا كان بالسماء علة
قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال كلامه ظاهر وانما قال غير مقبول ولم
يقل مردود لان حكمه التوقف قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا قوله وفي اطلاق
جواب الكتاب يعني القدوري وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود
في القذف بعد التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر اي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ
الشهادة وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة من وجه دون وجه من حيث ان وجوب العمل
به انما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث اشتراط
العدالة وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لانه امر
ديني وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في هلال رمضان قال ابن عباس
جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رايت الهلال يعني هلال رمضان فقال اتشهد
ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس ليصوموا
غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلاثين يوما يعني ولم يروا الهلال
لا يفطرون ومبنى ما روي عن محمد ما تقرر ان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت ابتداء كبيع الطريق
والشرب وقوله كاستحقاق الارث بناء على النسب انما يصح على قولهما دون قول ابي حنيفة رحمه الله
وقوله واذا لم يكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق بين اهل المصر اي لا فرق في عدم القبول اذا
لم يكن بالسماء علة بين اهل المصر ومن ورد من خارج وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد
اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه اي الى ما ذكره الطحاوي الاشارة في كتاب الاستحسان
ولفظه فان كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته ووجه الاشارة
ان التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر ونفي العلة في عدم قبول
الشهادة دليلا على قبولها اذا كان الشاهد خارج المصر او كان في السماء علة وكذا اذا كان
في مكان مرتفع في المصر وقوله ومن راى هلال الفطر واضح وكذا قوله وكذا اذا كان بالسماء علة
وقوله وهو الاصح احتراز عما يروى في النوادر عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به امر
ديني وهو ظهور وقت الحج وقوله لانه تعلق به نفع العباد دليل الاصح وقوله وان لم يكن
بالسماء علة يعني في هلال الفطر وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية في مثل هذه
الحالة امارة الغلط وقوله ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة لاول طلوعه وقيل لاستنارته
وانتشاره قال شمس الائمة الحلواني الاول احوط والثاني ارفق وقوله والخيطان يعني الخيط
الابيض اول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير اي المنتشر المعترض في الافق كالخيط الممدود
والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب وذنب السرحان شبههما
بخيطين ابيض واسود وموضعه علم البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان

الاسود لان البيان في احدهما بيان في الاخر وقوله والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع
نهارا مع النية قيل هو منقوض طردا وعكسا اما عكسا فبأكل الناسي فان صومه باق والامساك
فايت واما طردا ففيمن اكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لان النهار اسم لزمان هو من طلوع الشمس
وكذلك الحائض والنفساء فان هذا المجموع موجود والصوم فايت واجيب عن الاول بمنع فوت
الامساك لان المراد به الامساك الشرعي وهو موجود وعن الثاني بان المراد النهار الشرعي وهو
اليوم بالنص وهو قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الاية وعن الحائض بان الحائض خرجت
عن اهلية الاداء شرعا وقوله والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة منهما عدمهما
لا ان يكون المراد بها الاغتسال والله تعالى اعلم بالصواب

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان انواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم
فناسب ان يذكر مؤخرا واذا اكل الصايم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول
مالك لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشيء معدم له لاستحالة وجود الضدين معا فصار
كالكلام ناسيا في الصلاة ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي اكل وشرب ناسيا تم
على صومك فانما اطعمك الله وسقاك قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام
الى الليل فان الصيام امساك وقد فات فالاية تدل على بطلانه لان انتفاء ركن الشيء يستلزم انتفاءه
لا محالة والحديث يدل على بقائه فكان فيجب تركه واجيب بان في الكتاب دلالة على ان النسيان
معفو عنه بقوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل
قوله تعالى ثم اتموا الصيام على حالة انتفاء الاتمام عمدا لان الاتمام فعل اختياري فيكون ضده المنفي
له كذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته فان قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الاكل
والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت
في الوقاع للاستواء في الركنية يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منهما نظير الاخر في كون الكف
عن كل منهما ركنا في باب الصوم وقوله بخلاف الصلاة جواب عن قول الخصم كالكلام ناسيا في الصلاة
وهو واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض والنفل وقوله ولو كان مخطيا بان كان ذاكرا للصوم
غير قاصد للشرب فتمضمض فسبق الماء فدخل حلقه او مكرها فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي
فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون الخاطي فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل
غير القاصد اولى ولنا انه لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق
بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان غالبا لوجوده والخطاء والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان
من قبل صاحب الحق بخلاف غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فان المقيد اذا صلى
قاعدا بعد القيد قضى بخلاف المريض فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن
الصيام القيء والاحتلام والحجامة ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه اما الاول فلعدم الايلاج
الفرج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني بمس الرجل المرأة وكذا اذا نظر
الى وجه امرأة او فرجها فامنى اي انزل المني لا يفطر لما بينا انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار

كالمتفكر

كالمتفكر في امرأة حسناء اذا امنى وكالمستمني بالكف يعني اذا عالج ذكره بيده حتى امنى
لم يفطر على ما قالوا اي المشايخ وهو قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم لعدم الجماع صورة ولا
معنى وعامتهم على انه يفسد صومه قال المصنف في التجنيس الصايم اذا عالج ذكره حتى امنى
يجب عليه القضاء وهو المختار لانه وجد الجماع معنى قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد الاخر
على ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة
وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح الكف ملعون وان اراد
تسكين ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم المنافي وقوله
لما روينا يعني به قوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصايم ولو اكتحل لم يفطر وان وجد طعمه في
حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ فما وجد في حلقه من طعمه اثره لا عينه فان
قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع يترشح كالعرق يعني انه داخل من
المسام والداخل منه لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد فوجد برودة الماء في كبده فان قيل
هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روى معبد بن هوذة الانصاري عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصايم اجيب بان النبي
صلى الله عليه وسلم ندب الى الصوم عاشوراء والى الاكتحال فيه وقد اجتمعت الامة على الاكتحال يوم
عاشوراء فهو راجح على الاول ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى
على ما ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وان لم
ينزل لان حكمهما ادير على السبب يثبت بسبب الجماع كما يثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح
لان مبناهما على الاحتياط اما افساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة او معنى لا بسببه
حتى لم يفسد بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم
وقوله على ما ياتي في موضعه اي في باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة
لوجود معنى الجماع وهو قضاء الشهوة بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب
القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود وهذا
لان الكفارة اعلى عقوبات المفطر لافطاره فلا يعاقب بها الا بعد بلوغ الجناية نهايتها ولم تبلغ
نهايتها لان ههنا جناية من جنسها ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى وقوله ولا باس بالقبلة
اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد فقال بعضهم اراد به الامن
عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن من خروج المني وقوله ويكره اذا لم يامن
وقوله والشافعي اطلق فيه في الحالين اي في جواز القبلة في حال الامن على نفسه وعدمه والحجة
عليه ما ذكرنا يعني قوله لان عينه ليس بمفطر الخ والمباشرة الفاحشة وهو ان يتعانقا متجردين
ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا
امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه كره المباشرة الفاحشة للصايم لانه قل
ما يخلو عن الفتنة وقوله واختلفوا يعني المشايخ في المطر فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد

وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول الفطر معنى ولامكان
الاحتراز عنه اذا اراد خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان
كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة
ولو اكل القليل من خارج افطر على ما نذكر فكذا اذا اكل من فمه ولنا ان القليل تابع لاسنانه
لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه
لا يبقى بين الاسنان فكان الاحتراز عنه ممكنا والفاصل مقدار الحمصة فما كان كثيرا وما دونه
قليل بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فان الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل
لانه اخذ من قدر موضع الاستنجاء وذلك القدر في الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض
الاستنجاء واكتفى في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة فصار قدر
الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجاء ايضا قياسا عليه واما ههنا فقدر الحمصة لا يبقى
في فرج الاسنان غالبا فلا يكون الحاقه بالريق فصار كثيرا وقوله وان اخرجه واخذه بيده
ظاهر وقوله لانه طعام متغير فصار كاللحم المنتن ولابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه
فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب قال رحمه الله فان ذرعه القيء
ذرعه القيء سبق الى فيه وغلبه في خروجه وهو لا يفسد الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم من قاء
فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث وقاء واستقاء محمود وان
فاما اكل اذا القاه واستقاء وتقيأ تكلف في ذلك وكلامه ولمحرر المواضع نبه عليها قوله
يستوي فيه اي في القيء الذي ذرعه وقوله فلو عاد يعني بنفسها ذرعه وقوله عند محمد لا يفسد قيل
وهو الصحيح لانه مما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفوا وقوله لانه غير خارج تعليل
ابي يوسف وقوله ولا صنع له في الادخال تعليل محمد وقوله فان استقاء عمدا اي يرى المانه لو استقاء كان
الصوم لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ومن استقاء عمدا فعليه
القضاء وقوله فعنه اي عن ابي يوسف وقوله لما ذكرنا يريد به عدم الخروج وعنه اي عن ابي يوسف وقوله للكثرة
الصنع وهو صنع الاستقاء وصنع الاعادة ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر بايصال
الشيء الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى الفطر وقد تقدم ان الكفارة اقصى عقوبة في الافطار فيحتاج
الى كمال الجناية لان في نقصانها شبهة العدم وهي تندرئ بالشبهات وقال مالك يجب عليه لانه مفطر غير
معذور وكل من هو كذلك يجب عليه عنده وقوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا بالاغتسال يعني
انه اذا ادخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات وانعقاد
معنى الجماع وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط فقياس احدهما على الاخر
لا يكون صحيحا فالجواب انا نمنع انتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال
شبع وليس بشرط الا يرى ان من اكل لقمة وجب عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا اشار بقوله وهذا
لان قضاء الشهوة يتحقق بدونه ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان
في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي

تندرئ

تندرئ بالشبهات وهذه عقوبة تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليه الكفارة
وهو الاصح لانها جناية متكاملة لقضاء الشهوة وانما يدعي ابو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه
لا يحصل به انساب الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة انتفاء
ما فيه معنى العقوبة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فان انزل فعليه القضاء
لانه فات صورة المكث فصار كالجماع فيما دون الفرج وقال الشافعي وجبت عليه الكفارة لان السبب
للكفارة عنده الجماع المعدم للصوم وقد وجد ولنا ان الكفارة تعلقت بالجناية الكاملة وتكاملها
بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد لان من الطباع السليمة تنفر عنها فان حصل به
قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق ولفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا تتم جناية
في ايجاب الكفارة فلذا هذا وقوله اعتبارا بالاغتسال والمعنى انه نحوه مؤنة او تحملها الزوج فيها
فيتحملها عنها كثمن ماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في نهار رمضان متعمدا فعليه ما على
المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة جناية افساد
الصوم لا نفس الوقاع لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا
جواب عن قوله الاول وقوله ولا تحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل جواب عن قوله الثاني
ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها
شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي جاء الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك اوجب النبي صلى الله عليه وسلم
الكفارة فعلم انها تثبت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وهو الافطار صورة بايصال شيء الى الجوف ومعنى بقضاء
الشهوة لما روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ولم يبين
السبب المفطر ولما روي ان رجلا سأله فقال يا رسول الله افطرت في رمضان فقال عليه السلام من
غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة ولم يسأله عما افطر به فدل على ان الحكم لا يختلف الا
يرى انه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالافطار على وجه الكمال قد تحققت
فان قيل ما ذكرتم يدل على عدم اختصاص الكفارة في الوقاع ومدعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة
بين الدليل والمدلول اجيب بان المقصود الاصلي هو ذلك واما وجوبها بالجناية على وجه الكمال فثابت
بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص وعن تنقيحه وعورض بان الكفارة بنفس الوقاع لان النبي صلى الله
عليه وسلم ما الزم الكفارة الا في مقابلة ما سئل عنه من الوقاع والجواب ان تعلقها به اما ان يكون من حيث
انه وقاع او من حيث انه وقاع في نهار رمضان فان كان الاول فليس في الاهل جناية فلا يستلزمها
وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لانه جناية بالافطار على وجه الكمال لا بجهة خاصة واذا كان غيره
في معناه الحق به دلالة لا قياسا وتمام تقريره مذكور في التقرير وقوله وبايجاب الاعتاق تكفيرا جواب
عن قول الشافعي لارتفاع الذنب بالتوبة وتقريره لا نسلم ان هذه الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع لما
اوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم انها غير مكفرة لها الجناية بالتوبة والرق واحتمالا لا تفي بالتوبة

بل بالحد وقوله والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا يعني من حديث ابي هريرة وحديث الاعرابي وهو
مشهور ظاهر وقوله بفرق قد تقدم معناه وقوله وهو اي حديث الاعرابي حجة على الشافعي في قوله
يخير لان مقتضاه الترتيب وهو واضح وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه بقوله صم شهرين متتابعين
قال في النهاية ثم معناه ان نسبة التخيير الى الشافعي ونفي التتابع الى مالك سهو بل الشافعي يقول
بالترتيب كما نقل الا ان على ذلك كتبهم وكتب اصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن ابي ليلى والقائل
بالتخيير احتج بحديث سعد بن ابي وقاص ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني افطرت
في رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور لا يعارضه
هذا الحديث فيحمل على ان المراد به بيان ما يتادى به الكفارة في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع
بالقياس على القضاء وما روينا حجة عليه لان القياس في مقابلة النص فاسد والله اعلم **قال** رحمه الله
ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء اراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونهما التفخيذ
والتبطين والجماع فيه جماع معنى فاوجب القضاء وليس بجماع صورة فلا كفارة عليه وليس في
افساد صوم غير رمضان كفارة لان الكفارة في افطار صوم رمضان وجبت بالنص على خلاف القياس فلا
قياس وليس غيره في معناه لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية لكونها جناية على الصوم والشهر
جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين لذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة
في الحج حيث يستوي فيها الفرض والنفل لان وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء ومن احتقن او
استعط اي استعمل الدواء بالمحقنة او السعوط وهو الدواء الذي يصب في الانف وهما على بناء
الفاعل او اقطر في اذنيه على بناء المفعول قال صاحب النهاية كذا وجدت بخط شيخي افطر لقوله
عليه السلام الفطر مما دخل وكلامه واضح وقوله وان داوى جائفة او امة الجائفة اسم جراحة وصلت
الى الجوف والامة اسم جراحة وصلت الى الدماغ والذي يصل هو الرطب وانما قيد بالرطب لان في ظاهر
الرواية فرق بين الدواء الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدواء
اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى جوفه لا يفسد صومه عندهما الا انه ذكر
اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس انما يستعمل في الجراحة لاستمساك راسها به فلا يتعدى الى الباطن
والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يفطر وقول محمد مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة وذكره الطحاوي في مختصره مع ابي يوسف وقال
ابو سليمان الجوزجاني في الاصل بعد ما ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ثم ان محمدا شك في ذلك فوقف وما ذكره لكل
واحد من الجانبين ظاهر وانما توقف محمد لانه شك في وجود المنفذ من الاحليل الى الجوف وتكلموا في
الاقطار في اقبال النساء فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل يشبه الحقنة فيفسد الصوم بلا خلاف
قيل وهو الاصح وقوله ومن ذاق شيئا بفمه الذوق بالفم قوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان
وادراك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الالة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله
الى العصب وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم
على الفساد بسبب التسبب الجاذبة قوية اذا كان صائما فلا يامن ان يجذب منه شيئا الى الباطن

وقوله

وقوله لما بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك لا يفطر اطلق محمد في الكتاب وهو يدل
على ان الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله الا انه يكره استثناء من قوله
ومضغ العلك لا يفطر وقوله ولانه يتهم بالافطار يعني ان من يراه يتهمه بتوهم انه اكل
شيئا وقد قال علي رضي الله عنه اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره
وقوله ويكره ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المباحات لا توصف
بهما **قال** رحمه الله ولا باس بالكحل ودهن الشارب يجوز ان يكون
الدال منهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن راسه دهنا اذا طلاه بالدهن
ويجوز ان يكون مضموما ويكون معناه ولا باس باستعمال الكحل والدهن فانه قيل ما وجه تكرار مسئلة
الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالكحل ثم قال ولا باس بالاكتحال اجيب
بان الاول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع المبسوط وفي كل
منها فائدة فاما فائدة الاول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون
مكروها بل يجوز ان يكون مكروها ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه شيئا فبالثاني نفى ذلك
ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك فاعلم بالثالث انهما لا يفترقان اذا لم يقصد
قصد الرجل الزينة وقوله لانه يعمل عمل الخضاب يعني وبالخضاب يجانب السنة لكن الحاجة
غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ياخذ من اللحية
من طولها وعرضها اوردها ابو عيسى في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر
ابو حنيفة في اثاره عن عبد الله بن عمر انه كان يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة
وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وقوله ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر
محمد في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر ان رطوبته بالماء
او بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار ولا ذكر انه يكره بل يبقى او بالماء وذكر في الجامع الصغير
لا باس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة فكان تفسيرا لما ذكر في الاصل ويدل على
الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المصنف لا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول
بالماء لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطب وبين
الغداة والعشي ونفي به ما قال ابو يوسف ان الرطب بالماء مكروه لما فيه من ادخال الماء بالفم
وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك ثم لم يكره للصائم المضمضة
فلان لا يكره السواك اولى وقال الشافعي يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف قال صلى الله عليه وسلم
فيما يحكيه عن ربه الصوم لي وانا اجزي به ولخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك وما
يكون محمودا عند الله فسبيله الابقاء كما في دم الشهيد والخلوف بضم الخاء خلف فوه اذا
تغير رائحته لعدم الاكل بالضم لا غير قلنا هو اثر العبادة فاللائق به الاخفاء فرارا عن
الرياء بخلاف دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج الى الانتصاف من خصمه فلا بد من الابقاء
وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك **فصل** لما ذكر مسائل

الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار في الصوم وما يتعلق بها
وكلامه واضح وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يضر بالصوم والى
ما يخف به لا يكون مرخصا لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل
في الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك اما ان تكون باجتهاده بان يعلم من نفسه ان حماه تزداد شدة
او عينه وجعا واما بقول طبيب حاذق مسلم واعتبر الشافعي خوف الهلاك او فوات العضو
كما في التيمم واما السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافرا لا يضره الصوم
فالصوم افضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسئلة في كتب اصحابنا على خلاف ما وقع في
كتب اصحاب الشافعي فان الغزالي ذكر ان الصوم احب من الافطار في السفر لتبرئة الذمة واستدل
الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم ليس من البر الصيام في السفر روى جابر بن عبد الله قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صايم فقال
ليس من البر الحديث ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان عدة من ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف
لا يساوي الاصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد بفتح الجيم اي المشقة على ما ذكرنا في سببه
آنفا قوله وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما اي من المرض والسفر لم يلزمهما القضاء لان
الله تعالى اوجب عليهما القضاء في عدة من ايام اخر ولم يدركا عدة من ايام اخر وقوله ولو صح المريض
ظاهر وقوله وفايدته اي فايدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالاطعام بقدر الصحة والاقامة
فاذا اوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب في صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع
الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط في حكم الدنيا وذكر الطحاوي فيه اي في وجوب
الوصية خلافا فاثبته بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد فقال ولو نذر اعتكاف العشر وقدر على قضاء
البعض دون البعض فانه ينظر ان قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء ما بقي لانه
لم يدرك من وقت قضائه الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان ما قدر يصلح فيه قضاء الصوم الاول والذي بعده وكل جزء فلما
قدر على قضاء البعض فكانه قدر على قضاء الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه
بالصوم تعين انه لا يصلح فيه قضاء يوم آخر وقال محمد لا يلزمه القضاء الا مقدار ما قدر عليه
لانه ما ادرك الا ذلك فلم يلزمه غيره قال المصنف رحمه الله وليس بصحيح يعني ان الصحيح ان قولهما
كقول محمد وانما الخلاف في النذر وهو ان يقول المريض لله علي ان اصوم شهرا فان مات قبل ان يصح
لم يلزمه شيء وان صح يوما واحدا لزمه ان يوصي بجميع الشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لزمه بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى كقضاء رمضان والفرق لهما بين قضاء
رمضان والنذر ما ذكره في الكافي ان النذر سبب وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة
في التنام مانع قد زال بالبرء واذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة
وصار كالصحيح اذا نذر فمات قبل الاداء واذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الاداء يصار الى الخلف وهو
الفدية وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة وادراكها لم يتحقق بكمالها بل بعضها تحقق فيتقدر

بقدره

بقدره وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضاء يجب بما يجب به الاداء عند المحققين وسبب الاداء
شهود الشهر فكذا سبب القضاء والثاني ان جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب اثر في
بعض الحكم والجواب عن الاول ان ذلك ليس فيما يتعلق بنفس الوجوب بل فيما يتعلق بتسليم الواجب وشغله
وهو الخطاب وهذا من مزال الاقدام فلا تغفل وعن الثاني بان جزء السبب لا يجوز ان يؤثر في كل الحكم
والا لكان هو العلة فما فرضناه جزءا لا يكون جزءا هذا خلف باطل واما ان يكون جزء السبب علة تامة
لبعض الحكم فلا مانع عنه الا ترى ان بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسية ولاحدهما يحرم النسية
وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفى قوله رحمه الله وقضاء رمضان ان شاء فرقه
وان شاء تابعه الصوم المذكور في كتاب الله ثمانية اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار
واما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار واليمين عندنا واما غيره فقضاء رمضان
وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد اما صوم رمضان فلا كلام لاحد في وجوب التتابع فيه واما
غيره فقد ضبط المشايخ بان كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه واجبا وما لا فلا فيكون قضاء
رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين احدهما ان القضاء
يحكي الاداء والتتابع واجب في الاداء فكان مغنيا عن تقييد نص القضاء والثاني ان ابي بن كعب قرأ
فعدة من ايام اخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود في كفارة
اليمين والجواب عن الاول ان الامر لو كان على ما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سأل عن تقطيع
قضاء رمضان ذلك اليك ارايت لو كان على احدكم دين فقضى الدرهم والدرهمين الم يكن قضاء قال
نعم قال فالله احق ان يعفو ويغفر فانه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بذلك وعن الثاني ما قيل ان قراءة ابي لم
تشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود فكان كخبر الواحد لا يزاد به على كتاب الله تعالى قوله لكن المستحب المتابعة
اي التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر القضاء حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في
وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه خلافا للشافعي فانه يوجب مع القضاء
لكل يوم طعام مسكين ويروى ذلك عن ابن عمر ويقول القضاء يتوقت بما بين رمضانين مستدلا
بما روي عن عايشة رضي الله عنها انها كانت تؤخر قضاء ايام الحيض الى شعبان وهذا بيان منها لآخر
وقته واذا جوزنا التاخير اليه ثم يجعل تاخير القضاء عن وقته كتاخير الاداء عن وقته وتاخير الاداء
لا ينفك عن موجب فكذا تاخير القضاء وهذا كما ترى ليس فيه ما يعول عليه لان تاخيرها القضاء الى
شعبان قد يكون اتفاقيا ولو سلم ذلك فايجاب الفدية لا اصل له لانه لا فدية في الشرع على القادر
على الاصل وبالتاخير لم يثبت العجز ولنا ان الله تعالى امرنا بالقضاء مطلقا والامر المطلق لا يوجب
الفور بل على التراخي ولهذا لو تطوع جاز بالاتفاق ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود قوله
والحامل والمرضع قال في الذخيرة المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام لا تفطر اذا كان للولد اب لان
الصوم فرض عليها دون الارضاع وقال شيخي شيخ عبد العزيز ينبغي ان يشترط يسار الاب وعدم
اخذ المرضع ضرع غير الام وقوله لانه افطار بعذر قيل نعم هو عذر لكنه لا في نفس الصايم بل لاجل غيره
ومثله لا يعتد به الا ترى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابيه او ابنه لم يحل له الشرب واجيب بان الحامل

والمرضع مامورة بصيانة الولد مقصودة وهو لا يتاتى بدون الافطار عند الخوف فكانت مامورة بالافطار
والامر بالافطار مع الكفارة التى بناؤها على الوجوب عن الاخطار لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس
كل منهما مامورا قصدا بصيانة غيره بل نشا الامر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت
الامر قصدا وضمنا وقوله فيما اذا خافت على الولد يعنى اذا خافت الحامل والمرضع على نفسها لا تجب الفدية
بالاتفاق واذا خافت على ولدها فافطرت وجب القضاء والفدية على احد اقواله عنده هو يعتبره
بالشيخ الفانى فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر
الشيخ الفانى ولان فيه منفعة نفسها وولدها فبالنظر الى نفسها يجب القضاء وبالنظر الى منفعة
ولدها تجب الفدية ولنا ان الفدية فيه تثبت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس والفطر بسبب
الولد ليس فى معناه لان الشيخ الفانى عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا الا يرى انه
لو كان له مال لم يجب عليها له ولم تتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا وقوله والشيخ
الفانى وصف يا يتى المراد به بقوله الذى لا يقدر على الصوم وسمى فانيا اما لقربه الى الفناء او لانه فنيت
قوته ووجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه
فلا يجب خلفه وقلنا السبب وهو شهود الشهر تناوله حتى لو تحمل المشقة وصام وقع
عن فرضه وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضا كالمرض
والسفر فوجبت الفدية كما مات وعليه الصوم والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية
قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه مضمر كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روى عن
الشعبى انه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه كان الاغنياء يفطرون ويفدون والفقراء
يصومون بناء على ان فى بدء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخ بعد ذلك بقوله
تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية ان وردت فى
الشيخ الفانى كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت فى التخيير فكذلك لان النسخ انما ثبت
فى حق القادر على الصوم فبقى الشيخ الفانى على حاله كما كان وقوله ولو قدر على الصوم يعنى بعد ما فدى
بطل حكم الفداء وصار كانه لم يكن ووجب عليه الصوم فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود
بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل المقصود وهو تفريغ الذمة
عما وجب عليه اجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هى قبل حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز
الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفانى هو الذى يزداد ضعفه كل وقت الى موته والاستشهاد
بقوله لان شرط الخلفية استمرار العجز وقوله ومن مات وعليه قضاء رمضان اى قريب منه لانه لا يحصل بعد
الموت غير منصوص وقوله لانه عجز عن الاداء فى اخر عمره استعمل الاداء فى موضع القضاء والمعجوز عن القضاء
بحيث لا يرجى فى معنى الشيخ الفانى فيلحق به دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت الزم ثم لا بد من الايصاء
لان لزام الوارث فاذا لم يوص فللوارث ان يخرجه ولا يلزمه واذا اوصى اخرج عنه من ثلث المال لعتبر صدقة
الفطر عندنا خلافا للشافعى فى جميع ذلك اما خلافه فى المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد واما
فى الباقيين فلانه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالى تجرى فيه النيابة فكما

ان ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هذا ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد
فيه من الاختيار وذلك فى الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء لان الصوم فعل كلف
به وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كانه سقط فى حق الدنيا فكانت الوصية بالفدية
تبرعا بخلاف دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود ثم هو المال والفعل غير مقصود لحاجة
العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكاة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال لا بد لانها
فى الاخرة تنوب عن الواجب على الميت والصلاة كالصوم باستحسان فان النص الوارد بالفداء
فى الصوم غير معقول المعنى فالقياس ان يقتصر عليه لكن النص الوارد فيه يحتمل ان يكون معلولا
بعلة مشتركة بينه وبين الصلاة وان كنا لا نعقله والصلاة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفداء فيها
احتياطا ومضمون الاصول وقوله هو الصحيح احتراز عما قال محمد بن مقاتل اولا انه يطعم عن الصلاة
كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو
الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولى احتراز عن قول الشافعى فانه يجوز ذلك فى قول مستدلا
بما روى عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من مات وعليه الصيام صام عنه
وليه وهو نص فى الباب ولنا حديث ابن عمر لا يصوم احد عن احد ولا يصلى احد عن احد وتاويل حديث
عائشة فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام ان اوصى بذلك وقوله ومن دخل فى صوم التطوع
ذكرناه فى فصل القراءة من كتاب الصلاة وقوله ثم عندنا كان بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار
بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فان كان غير مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه
القضاء واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضاء وقوله والضيافة عذر يعنى على الاظهر وروى الحسن
عن ابى حنيفة انها ليست بعذر لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعى احدكم فليجب فان كان
مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اى فليدع لهم ووجه الاظهر ما روى انه عليه السلام انه كان فى ضيافة
رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال انى صائم فقال عليه السلام انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر
واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره ولا يتاذى بترك
الاكل لا يفطر وان كان يتاذى يفطر وبعضهم قال فى الذخيرة هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال
فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغى له ان يفطر الا اذا كان فى ترك الافطار عقوق الوالدين او احدهما
قوله واذا بلغ الصبى او اسلم الكافر الاصل فى هذا ان كل من صار فى آخر النهار بصفة لو كان عليها
فى اوله لزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء تطهران بعد طلوع الفجر او معه والمجنون يفيق
والمريض يبرأ والمسافر يقدم بعد الزوال او الاكل والمفطر عمدا او خطأ او مكرها او اكل يوم الشك ثم
تبين انه من رمضان او افطر على ظن غروب الشمس او تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم
يكن كذلك لم يجب عليه الامساك كما فى حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو قول بعض المشايخ
وهو اختيار المصنف على ما نذكره عند قوله اذا قدم المسافر او طهرت الحائض وقال الشيخ الامام الصفار
الصحيح انه على الاستحباب لان محمدا ذكر فى كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للوجوب وقال فى الحائض
اذا طهرت فى بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا امر ايضا وقال بعضهم هو على الاستحباب ذكره

محمد بن سماعة لانه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقال ابو حنيفة رحمه الله في الحائض
طهرت في بعض النهار لا يحسن لها ان تاكل وتشرب والناس صيام واجيب عن الثاني بان هذا
الامساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه
ومعنى قول ابي حنيفة لا يحسن لا يخرج منها وترك التشبه شرعا من الواجبات وقوله ولو افطرا فيه
اي فيما بقي من يومهما لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب عليهما بل الامساك هو الواجب ولا قضاء
الا للصوم وصاما ما بعده من الايام لتحقق السبب وهو شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ
ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار وانما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما
وقوله ولا ما مضى اي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام لعدم الخطاب لانه انما يكون
عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفاء الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب القضاء
فان المجنون اذا افاق في يوم من رمضان قبل الزوال ولم ياكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ولو افطر
وجب عليه القضاء مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بانا لا نسلم ان الوجوب
لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق
فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب وقوله وهذا اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك
اليوم الذي بلغ فيه الصبي او اسلم الكافر بخلاف الصلاة حيث يجب قضاؤها اذا بلغ او اسلم
لما ذكره في الكتاب وهو واضح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال
فعليهما القضاء لما ذكرنا فيه وهو نظير من اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال ان يصوم اجزاه ولا
شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلم تمنع نية الصوم قبل الزوال وكذا
الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وخلله ظاهر لان فيه مساواة الاهل بغير الاهل ووجه
الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بين من له الاهلية وفاقدها واكثر المشايخ
على التفرقة بينهما في النفل ايضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم التنفل صح والكافر اذا
اسلم وفعل ذلك لم يصح وذكر في الجامع الصغير انهما في صحة نية التطوع سواء فكانا
في النفل كالاختلاف في الفرض وقوله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى
الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في
حقه ولا صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني المسافر الذي نوى الافطار فعليه
ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر في وقت النية لان فرض المسئلة فيما اذا قدم قبل انتصاف
النهار قيل في كلام المصنف تكرار لان المسئلتين كلتيهما في مسافر قدم المصر في رمضان قبل
الزوال واجيب بان المسئلة الاولى في غير رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب
يأباه لانه لا يستعمل في غير الفرض واجيب بان معناه لا ينافي اهلية الثبوت وفيه بعد وبان
معناه المعنى المصطلح والصوم هو ان يكون نذرا معينا وصورته نوى المسافر الافطار ثم
قدم المصر قبل انتصاف النهار فنذر ان يصوم ذلك اليوم ونواه اجزاه فكانت الاولى في غير رمضان
والثانية فيه فلا تكرار وقوله فهذا اولى قيل في وجه الاولوية ان المرخص وهو السفر قائم وقت الاداء

وتلك

وتلك المسئلة ومع ذلك لم يجز له الافطار فلان لا يباح في هذه المسئلة وهو ليس بقائم فيه اولى
وقوله في هذه المسئلتين يعني مسافرا اقام ومقيما سافر قال رحمه الله ومن
اغمي عليه في رمضان الاغماء اما ان يكون مستغرقا اولا والثاني اما ان يحدث في اول ليلة او في يومها فان كان
غيرها سواء كان ليلا او نهارا لا يقضي صوم ذلك النهار الذي حصل فيه او في ليلة الاغماء وكذا اذا
كان في اول الليلة لان الامساك موجود لا محالة وكذا النية ظاهرا لان الظاهر حال المسلم في ليالي رمضان
عدم الخلو عن النية والاول يقضيه كله لما ذكره من قوله لانه نوع مرض الى اخره وكلامه واضح وقوله
ومن جن في رمضان كله قال شمس الائمة الحلواني المراد بقوله جن كله ما يمكنه فيه الصوم ابتداء حتى لو
افاق بعد الزوال من يوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء لان الصوم لا يصح فيه كالليل هو الصحيح
وقوله هو يعتبره بالاغماء يعني من حيث ان الجنون مرض يخل العقل فيكون عذرا في التاخير لا في
لا في الاسقاط كما في الاغماء وقوله ولنا ظاهر وقوله هما يقولان لم يجب عليه الاداء اي اداء ذكره البعض
لانعدام الاهلية وكل من لم يجب عليه الاداء لم يجب عليه القضاء لان القضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب
فان المستوعب منع القضاء في الكل فاذا وجد في البعض منع بقدره اعتبارا للبعض بالكل
ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر اي بعضه لان السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال فكان
تقديره الاية والله اعلم فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر كله لان الضمير يرجع الى المذكور
دون المقدر والمجنون الذي لم يستغرق جنونه الشهر كله قد شهد بعض الشهر فيصوم كله
فان قيل يجب ان يمنع عن ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى اجاب بقوله بان الاهلية للوجوب
بالذمة وهي كونه اهلا للايجاب والاستيجاب وهي موجودة لانها بالادمية فان قيل لو كان معلوما لم
صح الوجوب على المستغرق ايضا اجاب بقوله وفي الوجوب فائدة وهو بيان الفائدة بتأويل
المذكور صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرجه في ادائه والمستوعب ليس كذلك لانه يحرجه في
الاداء فلا فائدة في الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد الوجوب قضاء كالصبا
لان الصبا لما كان ممتدا كان في الايجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فائدة فيه والحاصل ان
الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الاغماء والصبي والجنون الا ان الاغماء لا يطول عادة
فلا يسقط القضاء والصبي يطول فيسقطه دفعا للحرج والجنون يطول ويقصر فاذا
التحق بالصبي واذا لم في الصوم ان يستوعب الشهر كله وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة
ثم لا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارضي وهو ان يبلغ عاقلا ثم يجن قيل
هذا اي عدم الفرق بين الجنونين ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما فقال ان بلغ مجنونا ثم افاق
في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى لان ابتداء الخطاب يتوجه اليه الآن فكان كصبي يبلغ وروى
هشام عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضاء عليه ولكني استحسن فاوجب عليه ما مضى من
الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارضي في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
واختلف فيه المتاخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط
والايضاح وقوله هذا اي المروي عن محمد مختار بعض المتاخرين منهم الامام ابو عبد الله الجرجاني

والامام الرستغفني والزاهد الصفار قوله ومن لم ينو في رمضان يعني امسك عن المفطرات
لكنه لم ينو صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه قالوا هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ولا بد
لها من تأويل لان دلالة حال المسلم كافية لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما يوم
اغمي عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف منه وأولوها بان يكون مريضا او مسافرا
او مستهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا ذكر فخر الاسلام
وأرى انه ليس يحتاج الى التأويل لان حال المسلم دليل اذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه والغرض
في هذه المسئلة العلم بانه لم ينو شيئا باخباره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم يخالفها صريح وقال
زفر يكون صائما لا قضاء عليه لان صوم رمضان يتأدى بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك
مستحق عليه فعلى اي وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير وهكذا روي عن عطا
وانكر الكرخي ان يكون هذا مذهبا لزفر وقال المذهب عنده ان صوم الشهر كله يتأدى بنية واحدة
كما هو قول مالك وقال ابو اليسر هذا قول لزفر في صغره ثم رجع عنه وانما قيد بالصحيح المقيم نفيا
لما يعتبر به صرف الامساك الحقيقي لتعين الجهة واعترض بان هبة النصاب من فقير واحد
لا يعتبر عنده على ما [illegible] ما في الكتاب واجيب بانه [illegible] على قود مذهبكم وبان تأويله ان
يكون الفقير مديونا فكان دفع النصاب اليه جائزا بالاتفاق ويجوز ان يقال اراد بالفقير الجنس
فكان الدفع متفرقا ولنا ان المستحق هو الامساك عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفي
هبة النصاب قد وجدت النية كما مر في الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فافطر قبل الزوال
او بعده فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة رحمه وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى عنده بغير النية
وقد افسد المستحق عليه شرعا فتجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف ومحمد وفخر الاسلام جعل
هذا قول ابي يوسف خاصة اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل لكونه
وقت النية فصار كغاصب الغاصب فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت
امكان الشيء كتفويته لا يقال لا نسلم ان التضمين لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك او
للغصب نفسه من الغاصب لان الاستهلاك شرط التفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام
صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما ازال يدا محقة فلم يكن الا للتفويت ووجه ابي حنيفة
ظاهر مكشوف واما ما قالا من تفويت الامكان فهو مستقيم في غير ما يندرئ بالشبهات في
باب العدوان وقوله واذا حاضت المرأة او نفست بضم النون اي صارت نفساء وكلامه واضح
وقوله واذا قدم المسافر قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وكلامه كما ترى يشير الى اختياره
وجوب الامساك اذ لو لم يكن كذلك لارتفع الخلاف فان الشافعي يقول بعدم الوجوب بناء على ان
التشبه خلف والخلف لا يجب الا على من يجب الاصل في حقه كالمفطر متعمدا والمخطي يعني الذي
اكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان او تسحر على ظن انه ليل وكان الفجر طالعا لا الذي في المضمضة
ونزل الماء في جوفه فانه لا يفطر عنده قلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان بعض الشيء لا يكون
خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق الوقت اصلا لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الكفارة

على المفطر

على المفطر فيه عمدا دون غيره وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان
كمن ادى فريضة ومن ادى فريضة فيه كان كمن ادى سبعين فريضة فيما سواه واذا كان معظما
وجب قضاء حقه بالصوم ان كان اهلا وبالامساك ان لم يكن واذا لم يكن خلفا لا يكون وجوبه
مبنيا على وجوب الاصل بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم الامساك
لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم تمنع عن التشبه به اما في الحائض
والنفساء فلان الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام واما في المريض والمسافر فلان
الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو الزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض والله اعلم
قال رحمه الله واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع ومن اخطأ في الفطر بناء
على ظنه فسد صومه ولزمه امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا تجب عليه الكفارة
ولا اثم به اما فساد صومه فلانتفاء ركنه بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان
واما امساك البقية فلقضاء حق الوقت بالقدر الممكن كما ذكرنا انفا او لنفي التهمة فانه اذا اكل
ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهم واجب بالحديث واما القضاء فلانه
حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما عدم الكفارة فلان الجناية
قاصرة لعدم القصد ويعضده ما روي عن عمر انه كان يجالس مع الصحابة في رحبة مسجد الكوفة
عند المغرب في شهر رمضان فاتي بعسين من لبن فشرب منه واصحابه فامر المؤذن ان يؤذن فلما
رقي المئذنة رأى الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر بعثناك داعيا ولم نبعثك
راعيا ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم وانه صلح
الموضوع موضع بيان ما يجب فيه فكان دالا على عدم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع الحاجة الى
البيان بيان والجنف الميل فان قيل ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ان يكون ظانا فما حكم الشك
في ذلك فالجواب انه اذا شك في طلوع الفجر لا تجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس وجبت
والفرق انه متى شك في غروب الشمس فافطر فقد حمل الفطر على سبيل التعدي لانه كان متيقنا بالنهار
شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع الفجر بالعكس وفي كلام المصنف تصريح بذلك ولكن
قال ينبغي ان تجب الكفارة لان فيه اختلاف المشايخ وقوله والمراد بالفجر ظاهر وقوله ثم تسحر السحر
آخر الليل عن الليث قالوا هو السدس الاخير والسحور اسم لما يؤكل في ذلك الوقت وقوله عليه السلام
فان في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون
المراد نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير اكل السحور مستحب ومستحب
لا ان نفس السحور مستحب وتاخيره مستحب ايضا فكان التاخير مستحبا في مستحب قال عليه
الصلاة والسلام ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك فان قيل
ما وجه جعل تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص باهل الاسلام فان النبي صلى الله
عليه وسلم قال فرق بين صيامنا وصيام اهل الكتاب باكل السحور اجيب بان المراد بالاكلة
الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ويجوز ان يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول

يدل على انه من اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب كان لهم سحور وهذا غير
الاول لجواز ان يكون انبياؤهم يتسحرون وقوله الا انه اذا شك في الفجر ظاهر وقوله على ظاهر
الرواية لا قضاء عليه هو الصحيح لان الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكبر الراي يعمل
كذلك وقوله رواية واحدة قال في النهاية اي فعليه القضاء والكفارة لان النهار كان ثابتا
وقد انضم اليه اكبر رايه فصار بمنزلة اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب المذكور وانما قال رواية
واحدة احترازا عما اذا كان اكبر رايه ان الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا انفا وقوله ومن
اكل في رمضان ناسيا ظاهر لان الاشتباه استند الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا
يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالاكل ناسيا فاذا اكل بعده عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا يجب عليه
الكفارة وقوله لانه لا اشتباه يعني اذا علم الحديث علم ان القياس متروك والمتروك لا يورث الشبهة
فلا شبهة وقوله وعنهما الاول يعني عدم وجوب الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس
وهذا لان الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا
يتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب الحدود والقياس دليل قائم ينفي حرمة الاكل
الثاني سواء علم ذلك او لم كوطء الاب جارية ابنه فانه لا يجب به الحد سواء كان الاب عالما بالحرمة
او لا وقوله ولو احتجم صورته ظاهرة وقوله لان الظن ما استند الى دليل شرعي فان الحجامة
كالفصد في خروج الدم من العرق والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم لا يجوز ان تكون كدم
الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شيء الى الباطن ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم
لان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كالاستقاء فان قيل فلتكن الحجامة كذلك لقوله صلى الله
عليه وسلم افطر الحاجم والمحجوم اجيب بانه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم رواه ابن عباس
وروي ايضا احتجم عليه السلام وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا
يثبت به شيء لا يقال ما رواه ابن عباس حكاية فعل والقول راجح لان القول انما يكون راجحا
اذا لم يكن مأولا وهذا مأول على ما نذكره وقوله الا اذا افتاه فقيه يعني حينئذ لا تجب الكفارة
والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلد هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة
وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد لان الفتوى دليل شرعي في حقه فيصير شبهة
وان بلغه الحديث وهو قوله صلى الله عليه افطر الحاجم والمحجوم روي بالواو وبغيره بنصب المحجوم
واعتمده فكذا عند محمد لا تجب الكفارة لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف
خلاف ذلك يعني لا تسقط الكفارة لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى
معرفة الاحاديث لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا وان عرف تاويله وهو ان النبي
صلى الله عليه وسلم مر بهما وهما معقل بن سنان يحجم احدهما صاحبه وهما يغتابان اخر فقال افطر الحاجم
والمحجوم اي ذهب ثواب صومهما بالغيبة وقيل غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال
افطر الحاجم والمحجوم اي فطره بما صنع به فوهم عنه الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم تجب الكفارة
لانتفاء الشبهة لانها نشأت من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة التاويل فان قيل لا نسلم ان

منشأ الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشأ لها ايضا اجاب بان قول الاوزاعي يورث
الشبهة لمخالفته القياس فان الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قول مالك في اكل الناسي لا يقال
في عبارته تناقض لانه قال الا اذا افتاه فقيه وفتواه لا تكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي
لا يورث الشبهة وايضا الفتوى في هذا الباب لا يكون الا مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة دون
الاوزاعي دونه لانا نقول ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التاويل ولو اكل
بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان اي سواء بلغه الحديث او لم يبلغه عرف
تاويله او لم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر بها يخالف القياس والحديث وهو قوله عليه السلام
الغيبة تفطر الصائم مأول بالاجماع بان المراد به ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في
ذاته فلا يكون شبهة بخلاف مسئلة الحجامة فان بعض العلماء افتى بظاهره من غير تاويل وقوله واذا
جومعت النائمة او المجنونة اما صوم النائمة فظاهر واما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لانها
لا تجامع الا مجنونة وحكي عن ابي سليمان الجوزجاني قال لما قرأت على محمد هذه المسئلة قلت له كيف تكون
صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافاق فمن المشايخ من قال كان في الاصل
مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهذا قال دع فانه انتشر في الافاق واكثرهم قالوا تاويله انها
كانت عاقلة بالغة في اول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت بما فعل بها الزوج
وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما الحاقا بالناسي لان العذر فيهما ابلغ لعدم القصد ولنا ان
الالحاق انما يصح ان لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان يغلب وجوده
الى الحرج وهذا اي جماع النائمة والمجنونة نادر فالقضاء لا يفضي الى الحرج ولا تجب الكفارة
لانعدام الجناية لعدم القصد والله اعلم

فصل فيما يوجبه على نفسه

لما فرغ من بيان ما اوجب الله على العباد شرع في بيان ما يوجب العبد على نفسه لانه فرع على الاول
ولهذا شرط ان يكون من جنسها او جب الله وان لا يكون واجبا بايجاب الله واذا قال لله علي صوم يوم
النحر افطر وقضى وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لان هذا
نذر بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام قال صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام
الحديث والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله عليه السلام لا نذر في معصية الله ولنا انه نذر بصوم
مشروع لان الدليل الدال على مشروعيته وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا
يفصل بين يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا والنذر بما هو مشروع جائز وما
ذكرتم من النهي فانما هو لغيره المجاور وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى لان الناس اضياف الله
في هذه الايام واذا كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل ان يقول الامساك في هذه
الايام يستلزم ترك اجابة الدعوة البتة وترك الاجابة منهي عنه قبيح فما يستلزمه كذلك
والجواب انا لا نسلم ذلك فانه لو امسك حمية او لضعف او لعدم ما يأكله لا يكون تاركا للاجابة
فان قيل الامساك عبادة يستلزمه قلنا كان ذلك قولا بالوضع والاعتبار وعلى تقدير تسليم صحته
قلنا ان نقول هذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله قبيح ومن حيث انه قهر النفس الامارة

بالشروع على قصد التقرب الى الله سبحانه فيصان لكنه يشترط احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي
اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه فان ما وجب ناقصا يجوز
ان يتاديه ناقصا فان قلت سمى المصنف هذا النوع من القبيح مجاورا وهو على خلاف ما في كتب
اصحابنا في اصول الفقه قاطبة فانهم سموه بالمتصل وصفا واما المجاور جمعا فمثل البيع
عند اذان الجمعة قلت سؤال حسن والتفصي عن عهدة جوابه مشكل وتقريرنا الحافل كاف في
تقريره فليطلب ثمة فانه من مباحث الاصول قال ومما سواه ان نوى
يمينا فعليه كفارة يمين هذه المسئلة على ستة اوجه والجميع مذكور في الكتاب ففي الثلاثة الاول
وهي ما اذا لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا بالاجماع
وفي الواحد يكون يمينا بالاجماع وهو ما اذا نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا وفي الاثنين وهي
ان ينويهما او نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف في الاول
نذر وفي الثاني يمين ثم الوجوه الاربعة المتفق عليها ظاهرة وكفى بعدم المنازع دليلا واما وجه
الباقين فلابي يوسف ان النذر فيه اي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز
لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز فاذا نواهما فالحقيقة مرادة فلا يكون
المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين
يعني انه ليس هو من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز لان قوله لله علي صوم يوم النحر موضوع للوجوب
ومستعمل في الوجوب وليس بمستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز
غير انه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما اذ ثابت احداهما من النذر لانه يقتضي لعينه ولهذا
يجب القضا اذا تركه والاخرى من اليمين لانه يقتضي لغيره وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك
ولهذا لا يوجب القضا اذا تركه بل الكفارة وكل واحد من المتنافيين دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن
والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع
والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس في تحقيق هذه
المسئلة على هذا الوجه انواع من التوجيهات فمن تشوق اليها طالع التقرير وقوله ولو قال
لله علي يعني ان من نذر صوم سنة فلا يخلو اما ان عينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال
سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر الايام الخمسة وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام ولم يجب عليه قضاء رمضان لانه صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام
الايام الخمسة جاز لما تقدم وان كان الثاني فاما ان شرط التتابع او لا فان شرطه فحكمه حكم
المعينة وان لم يشترطه لم يجزه صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلاثين يوما خمسة للايام
الخمسة وثلاثين لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه ان ما
وجب كاملا لا يتاديه ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتاديه ناقصا وقوله والفرق لابي حنيفة
وهو ظاهر الرواية يعني عنهما بين النذر والشروع في الصوم وبين الشروع في الصوم والشروع
في الصلاة في الاوقات المكروهة فان في النذر يلزم القضا وفي الشروع في الصوم لا يلزم وفي

يلزم

يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم ان الشروع اصلا فعل في
الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا تجب صيانته
ووجوب القضا يبتنى على وجوب الصيانة واما النذر فانما هو ايجاب في الذمة وهو امر عقلي وجاز
للعقل ان يجرد الاصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للمنهي عنه واما الشروع في الصلاة في الاوقات
المكروهة فانما صار موجبا للقضا لان ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث
به الحالف على الصلاة فلم يكن الشروع في الابتداء ايجادا لفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر
في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضاء بتركها هذا ما سنح لي في توجيه
كلامه والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم
على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة وبين صفته قبل بيان تفسيره لانها اهم من
حيث علم الفقه فان قيل المواظبة ثابتة من غير ترك قالت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاواخر من رمضان حتى قدم المدينة الى ان توفاه الله تعالى اجيب
بانه عليه السلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت المواظبة بلا ترك معارضا بترك
الانكار وتفسيره لغة الاحتباس لازم من العكوف وهو الحبس ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا
واما تفسيره شريعة فما ذكره انه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه
وهو اللبث لانه ينبئ عنه لغة كما ذكرناه وبعض شرائطه وهو الصوم والنية اما النية فهي شرط
في جميع العبادات واما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي فهو يقول الصوم عبادة هو اصل
بنفسه وهو ظاهر فكان كذلك لا يكون شرطا لغيره والا لا يكون اصلا بنفسه فما فرضناه اصلا لا
يكون اصلا هذا خلف باطل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم رويته عائشة رضي
والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول وفيه بحث من وجهين احدهما ان الله شرع الاعتكاف
مطلقا بقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد فاشتراط الصوم زيادة بخبر
الواحد وهو نسخ لا يجوز والثاني ان الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم فيها غير مشروع
وفي ذلك تحقق المشروط بدون الشرط وهو باطل فكذا على انه ليس بشرط واجيب عن الاول
بان الامساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو احد ركني الصوم
فالحق به الركن الاخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والاباحة
كما الحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت
وجوب الامساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوما وعن الثاني بان الشرط انما
تثبت بحسب الامكان فان المرأة عليها صوم شهرين متتابعين ثم ينقطع التتابع بعذر الحيض
والصوم في الليالي غير ممكن وقوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة اي بلا اختلاف بين
الروايات فمعناه في جميع الروايات وقوله وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم يشير الى انه لو صام
رجل تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار علي اعتكاف هذا اليوم لا يكون عليه شيء لان صومه انعقد
تطوعا فيتعذر جعله واجبا بنذر الاعتكاف وقوله وفي رواية الاصل قال هو ظاهر الرواية عن

عن علمائنا الثلاثة وقوله لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا لا يفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف
والصوم والصلاة متطوعا حيث لم يجب عليه القضاء في الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه في
الاخيرين لان الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد
الجماعة هذا ايضا من شرط جوازه ومسجد الجماعة هو الذي يكون له مؤذن وامام اديت فيه
الصلوات الخمس اولا لقول حذيفة بن اليمان لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لما ذكر في الكتاب وقال الاسبيجابي
في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في المسجد الحرام ثم في المسجد المدينة وهو مسجد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر اهلها وقوله اما المرأة
فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنساء الا في مسجد جماعة
لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد في مساجد البيوت
ولنا ان موضع الاعتكاف في حقها الموضع الذي تكون صلاتها فيه افضل كما في حق الرجال وصلاتها
في مسجد بيتها افضل فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها قال رحمه الله
ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة كلامه واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع
فانه ان كان اعتكافه دون سبعة ايام اعتكف في اي مسجد شاء وان كان سبعة فصاعدا اعتكف
في مسجد الجامع فلم تتحقق الضرورة المطلقة للخروج ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف
في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع صحت الضرورة المطلقة للخروج اليها لان تركها صيانة للاعتكاف
لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بايجاب الله وهو واجب بايجاب العبد وليس للعبد اسقاط
ما وجب بايجاب الله بايجابه وقوله فلا يتم في مسجد بيتها من غير ضرورة قيد بذلك لانه اذا كان ثم ضرورة مثل
ان يعتكف في مسجد فينهدم جاز له الخروج الى مسجد آخر لانه مضطر الى الخروج فكان عفوا وقوله
وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مضاد له وكان القليل والكثير سواء
كالاكل في الصوم والحدث في الطهارة وقوله لان في القليل ضرورة بيانه ان المعتكف اذا خرج لحاجة
الانسان لا يؤمر بان يسرع في المشي وله ان يمشي على التؤدة وكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو
فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا بنية الصوم في رمضان اذا وجدت في اكثر
اليوم جعلت كانها وجدت في جميع اليوم لان القليل تابع للاكثر وقوله لم يكن له مأوى الا المسجد
يعني في غالب احواله ويلزم من ذلك ان يكون اكله فيه حينئذ وقوله ولا بأس بان يبيع ويبتاع
يعني ما كان من حوائجه الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه [illegible] ويكره لغير المعتكف
البيع والشراء فيه فاذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم الا بخير يعني
ان التكلم بالشر في المعتكف اشد حرمة منه في غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تظلموا فيهن انفسكم
فان الظلم وان كان حراما مطلقا لكنه قيده بالاشهر لانه فيها اشد حرمة وقوله ويكره له الصمت قيل
معناه ان ينذر ان لا يتكلم اصلا كما كان في شريعة من قبلنا وقيل ان يصمت ولا يتكلم اصلا من غير
نذر سابق وقيل معناه ان ينوي الصوم المعهود وهو الامساك عن المفطرات الثلاث مع زيادة

نية

نية ان لا يتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور في الكتاب بقوله لان صوم الصمت ليس بقربة فانه روى
عن ابي حنيفة عن عدي بن ثابت عن ابي حازم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم
الوصال وصوم الصمت فقال الراوي وهو زكريا بن ابي زائدة قلت لابي حنيفة ما صوم الصمت
قال ان يصوم ولا يتكلم احدا في يوم الصوم وقوله ولكنه يتجانب ما يكون مأثما اي مأثما متصل بقوله يكره
له الصمت لا يقال في عبارته تسامح لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضي حصر ان يكون الكلام بخير وقوله
يتجانب ما يكون مأثما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح وذلك تناقض لانا نقول ما ليس بمأثم فهو خير
عند الحاجة اليه لان الخير عبارة عن الشيء الحاصل لما من شانه ان يكون حاصلا له اذا كان مؤثرا والتكلم
بالمباح عند الحاجة اليه كذلك وقوله ويحرم على المعتكف الوطء يحتاج الى تاويل لان المعتكف انما يكون
في المسجد فخلو بيتها له الوطء واولوه بانه جاز له الخروج للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه
الوطء لان اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التاويلات انهم كانوا يخرجون ويقضون
حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون فيرجعون الى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون
في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه اي لان كل واحد من اللمس والقبلة من دواعي الجماع لانه داعي
للجماع محظور الاعتكاف فكما انه محظور الاحرام فكانت الدواعي محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم
كما انه يفسد الاعتكاف اجاب بقوله بخلاف الصوم لان الكف اي عن الجماع ركنه لا محظوره فلم يتعد
الى دواعيه ولا زال في تحقيقه اضطربت الركب واقصى ما انتهى اليه العذر ان قالوا الوطء محظور
الاعتكاف لان محظور الشيء ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطء في الاعتكاف كذلك لانه
اللبث في مسجد جماعة مع الصوم والنية هذا حقيقته ثم نهى المعتكف ان يرتكب الوطء وهو معتكف
بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن مقصودا فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهات في باب الحرمات
ملحقة بالحقيقة كما قلنا في الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان والقلب ثم بعدما وجد ذلك صار
الوطء حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى الدواعي من اللمس
والقبلة واما الصوم فالوطء ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف
عن الوطء ثبت بقوله تعالى ثم اتموا الصيام بعد قوله تعالى فالآن باشروهن الى قوله حتى يتبين لكم
الخيط الابيض الاية وثبت اذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالامر ضمنا
لا مقصودا ضرورة بقاء الركن والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه
من الحل واعترض بان ظاهر هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي والقصدي
يقتضيها وهو منقوض بالنهي عن الوطء حالة الحيض فانه قصدي الى ذلك بقوله تعالى ولا تقربوهن
حتى يطهرن ولم يحرم الدواعي واجيب بانها لم تحرم فيها لئلا تفضي الى الحرج بكثرة وقوع الحيض
ويجوز ان يجاب ايضا بان مبنى الكلام على ان ما كان محظورا على ما عرفت من تفسيره هو الذي
تحرم دواعيه والوطء حالة الحيض ليس كذلك ويجوز ان يقال لو الحق الكف عن الدواعي بالكف عن الجماع
في الصوم كان ركنا يلتجئ الصوم باشتغاله وليس كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعض
نسائه وهو صائم كما تقدم والكف عن الجماع ليس ركنا في الاعتكاف فالدواعي ايضا بالالحاق

لا يكون ركنا فيكون محظورا فيلحق به الدواعي لان الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة هذا وليس
ورا عبادة قربة وقوله فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا يعني انزل او لم ينزل بطل اعتكافه
لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم فان الليل ليس محلا له فان قيل الاعتكاف فرع على الصوم
والفرع ملحق بالاصل في حكمه ولو جامع ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد
الاعتكاف اجاب بقوله وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فانه لا مذكر
فيه فان قيل فكان الواجب ان يفسد بالاكل ناسيا كالجماع اجيب بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف
بل لاجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع فان حرمته للاعتكاف نصا فكان كالجماع
في الاحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى
الجماع ولهذا يفسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد وان كان حراما لانه ليس في معنى الجماع ولهذا
لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال بظاهر قوله تعالى ولا
تباشروهن وتلك تتحقق في الجماع وفيما دون الفرج اجيب بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا
بطل ان يكون الحقيقة مرادة لان الاعتكاف معتبر بالصوم فيها وتقبيلها لم يفسد الصوم فكذا
الاعتكاف **قال** رحمه الله ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام اي ومن قال
علي ان اعتكف عشرة ايام او ثلاثة لزمه بلياليها متتابعة اما لزومها بلياليها فلان ذكر الايام على
سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي عرفا يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها واذا
حلف لا يكلم فلانا شهرا او عشرة ايام كان ذلك على الايام والليالي الا ترى ان القصة ذكرها عليه السلام
حيث قال الا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا وقال ان لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة واحدة
وما قيل ماذكرنا وقوله على سبيل الجمع يدفع ما يقال قد تقرر في اصول الفقه ان اليوم اذا قرن بفعل
ممتد يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب ان يراد بالايام النهر دون الليالي
والا لانتقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف جار على ما ذكرنا حتى لو قال علي ان اعتكف يوما لخص
ببياض النهار كذا في التحفة واما التتابع فلما ذكر ان مبنى الاعتكاف على التتابع الخ وان
نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة فان قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة
او نية فما وجه قوله لانه نوى الحقيقة قلت كانه اختار ما ذهب اليه بعض ان اليوم مشترك بين
بياض النهار ومطلق الوقت واحد معنى المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة
وعلى تقدير ان يكون مختاره ما عليه الاكثرون وهو انه مجاز في مطلق الوقت فجوابه ان ذكر الايام على
سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج الى النية دفعا للصارف عن الحقيقة لا للدلالة
عليها قوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله وقال ابو يوسف قال في النهاية كان من حقه
ان يقول وعن ابي يوسف لما ان هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا قوله بعده وجه الظاهر
وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك كان لفظ المثنى ولفظ المفرد سواء ولو قال
علي ان اعتكف يوما لم تدخل ليلته بالاتفاق فكذا في التثنية الا ان الليلة الوسطى تدخل لضرورة
اتصال البعض الاخر بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى غير الجمع

وجب

وجب ان لا يكتفى بالجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان
الاصل ما ذكرت ههنا لان فيه العمل باوضاع الوحدان والجمع الا اني وجدت في الجمعة معنى لم يوجد
في غيرها وهي انها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي الجماعة والتثنية كذلك فكانت التثنية في
تحقيق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها ووجه ظاهر الرواية ان في المثنى معنى الجمع لاجتماع
فرد وفرد فيه فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه تلويح الى انهما انما لم يلحقا المثنى بالجمع
في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك في الحاق
غير يقين لان للجماعة شرط على حدة بالاتفاق وكون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب الفرد والجمع اذ هي
بينهما وفي اشتراط الجمع لا تردد في الخروج فكان شرطا واما في الاعتكاف ففي الحاقه بالجمع خروج
عنها بيقين لان ايجاب ليلتين مع يومين احوط من ايجاب يومين بليلة وهو ظاهر والله تعالى اعلم

كتاب الحج

لما رتب العبادات المتقدمة ذلك الترتيب لما ذكرت
عند كل كتاب تاخر الحج الى ههنا ضرورة لانها بعده انما يكون من المعاملات وغيرها والعبادة مقدمة
والحج في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم ثم انه فرض على كل حر بالغ
عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد له منه وعن نفقة عياله الى
حين عوده وكان الطريق امنا وانما عدل المصنف عن الافراد الى الجمع في قوله الاحرار الى اخره
نظرا الى وقوعه فانه لا يتادى الا بجمع عظيم وانما وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة كما
صنع بالزكاة وقد ذكرنا وجهه هناك ويجوز ان يكون معناه ثابت او لازم فان الوجوب يدل
على ذلك وفرضيته ثبتت بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية يعني انه حق واجب
لله في رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء ولا يجب الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له
يعني لما نزلت هذه الاية وقال لهم ايها الناس حجوا الحج افي كل عام او مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد
فهو تطوع ولان سببه البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية وانه
لا يتعدد البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف حتى ان من اخره بعد استجماع
الشرائط اثم رواه عنه بشر والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه اي على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع
عنه انه سئل عمن له مال ايحج به ام يتزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور
ووجه دلالته على ذلك ان في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال بالحج يفوته ولو
لم يكن وجوبه على الفور لما امر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله في وقت اخر لما ان الحال غاد ومن يحج
وعند محمد وانه فهو على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة فكما انها جائزة
في اي وقتها يجوز الحج في اي العمر من اشهر الحج وهذا الدليل لمحمد لانه يقول بجواز تاخيره كيف وهو
انما لا يفوته بالموت فان فوته اثم واما اثم فهو فانه يقول لا ياثم بالتاخير وان مات فلم يكن عنده كوقت
الصلاة ووجه الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج يختص بوقت خاص من كل عام وهو اشهر الحج وكل ما اختص
بوقت خاص وقد فات عن وقته لا يدركه الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك
مدة طويلة يستوي فيها الحياة والممات لان الموت في سنة واحدة شملة على الفصول الاربعة

المتضادة للمناو غير نادر فيضيق احتياطا لا تحقيقا وانما قال ذلك لئلا يرد عليه انه لو كان متضيقا
لوجب ان يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك فان التضييق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك وهذا عليه
والدليل على هذا ترضيحه بقوله ولهذا كان التعجيل افضل يعني بالاتفاق فان الاستدلال به الا
على الوجوب مما لا يكاد يصح وقوله بخلاف وقت الصلاة جواب عن قوله كالوقت في الصلاة وثمرة
الخلاف لا تظهر الا في حق الاثم خاصة واما ان الواقع في العام الثاني اداء كما في الاول وان التطوع
في العام الاول جائز فلم ينكره احد وتمام هذا البحث موضعه اصول الفقه وانما شرط الحرية والبلوغ
لقوله عليه السلام ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم
والصلاة ان الحج يحتاج الى الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا والصوم والصلاة ليس
كذلك وان حق المولى في الحج يفوت في مدة طويلة فقدم حق العبد على حق الله تعالى بخلاف الصوم والصلاة
وقوله والعقل لبيان اشتراط العقل وقوله وكذا صحة الجوارح لبيان اشتراط الصحة لان العجز
بدونها لازم وقوله والاعمى يعني ان الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة فان لم يجد قائدا لا يلزمه الحج
بنفسه في قولهم وهل يجب الاحجاج بالمال عند ابي حنيفة لا يجب وعندهما يجب وان وجد قائدا
وقد عبّر عنه المصنف بقوله من يكفيه مؤنة سفره عند ابي حنيفة لا يجب كما لا تجب الجمعة وعن
صاحبيه فيه روايتان فرقا على احد الروايتين بين الجمعة والحج وقالا وجود القائد الى الجمعة ليس
بنادر بل هو غالب فيتلزمه الجمعة ولا كذلك القائد الى الحج وقوله واما المقعد فعن ابي حنيفة رحمه الله
ظاهر الرواية عنه في الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين ان الحج لا يجب عليهم وان ملكوا الزاد
والراحلة حتى لا يجب عليهم الاحجاج بمالهم لان الاصل لما لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وقوله وعن محمد ظاهر
قوله ولا بد من القدرة بيان لقوله اذا قدروا على الزاد والراحلة ويعني بالقدرة بطريق الملك او
الاستيجار بان يقدر على ما يكترى به شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني اي جانبه لان للمحمل جانبين
ويكفي للراكب احدهما نبيره والزاملة البعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله
يقال الهاء بالفارسية بشر باره وقوله وقدر النفقة ذاهبا وجائيا يعني فضل عن الراحلة نفقة وسط بغير
اسراف وتقتير وهذا لانه عليه السلام سئل عن السبيل فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري
عقبة اي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخا بفرسخ او منزلا فمنزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك
في جميع السفر وقوله ويشترط ان يكون اي ما يقدر به على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله
في اول البحث فاضلا وهو هنا منصوب على الحال من الزاد والراحلة وقيد بالمسكن والخادم اشارة
الى ما ذكره ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك يجب عليه ان يبيعه
ويحج به وقوله واثاث البيت يعني كالفرش والبسط والات الطبخ وثيابه اي ثياب بدنه وفرسه
وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغول بها كالمعدوم وقوله وحق العبد
مقدم على حق الشرع بامره قال الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقوله وليس
من شروط الوجوب على اهل مكة ظاهر ولا بد من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر

عنده

لان شرط وجوبها الاستطاعة ولا استطاعة بدون الامن ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة
رحمه الله انه شرط نفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لما مر ان الاستطاعة
لا تثبت بدونه وهو مروي عنه ومنهم من ذهب الى الثاني لانه عليه السلام فسر الاستطاعة
بالزاد والراحلة لا غير وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن
الطريق امنا فعند الاولين لا تلزمه الوصية وعند الاخرين تلزمه رحمه الله
ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم تحج به الاختلاف المار في امن الطريق في كونه شرط
الوجوب او شرط الاداء ثابت في محرم المراة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التابيد بقرابة
او رضاع او صهارة ولا يجوز للمراة ان تحج اذا لم يكن معها محرم او زوج اذا كان بينها
وبين مكة ثلاثة ايام شابة كانت او عجوزا وان لم يكن لها محرم او زوج لا يجب عليها التزوج
للحج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجله وقال الشافعي يجوز لها ان تحج في رفقة معها نساء
ثقات لحصول الامن عن الفتن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امراة الا ومعها
محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها فضلا عن
حصول الامن وعورض بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونه والهجرة ليست من الاركان
الخمسة فلان تخرج للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك ضرورة الخوف على نفسها الا يرى
انها اذا وصلت الى جيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت امنة لم يكن لها بعد ذلك ان تسافر
بدون محرم فان قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم اجيب
بان ذلك حجة من جعله شرط الاداء ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان
رجلا فان قيل لا نسلم بان الفتنة تزداد بانضمام غيرها اليها فان المبتوتة اذا اعتدت في بيت
الزوج بحيلولة ثقة جاز ولم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بان انضمام المراة اليها بعينها
على ما ترد عبثها ورقتها وتعليمها عسى تحجز عنه بفكرها وانا لم تكن في المعتدة كذلك لان الاقامة
موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا يعد ثقة والكلام فيها ولانه جواب
يناقض جواب المنع والاولى ان يقال هن بانتقاص دين وعقل فلا يؤمن ان تحرجها فتكون عليها
بالافساد وتتوسط في التوطين والتمكين فتعجز هي عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم
في الحضر لامكان الاستغاثة وقوله بخلاف ما اذا كان متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة
ايام وهو واضح وكذا قوله وان وجدت محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا يرى انه
لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلوات والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولهذا كان
له ان يحللها من ساعته وقوله وان كان المحرم فاسقا ظاهر واذا بلغ الصبي بعدما احرم او اعتق
العبد يعني بعدما احرم فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل
لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على
ما نذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا الا يرى ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ
بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلاته فما بال الحج لم يجز بذلك الاحرام والجواب ان الاحرام عنده

انما يكون بالنية على ما سياتي ومنها يصير شارعًا فى افعال الحج فصار كالصبى توضأ وشرع فى الصلاة
وبلغ بالسن فنوى ان تكون تلك الصلاة فرضًا لا تنقلب اليها ولو جدد الصبى الاحرام قبل الوقوف
ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبى غير لازم لعدم الاهلية ولهذا
لو تناول محظورا لم يلزمه شئ واذا كان كذلك جاز الفسخ والشروع فى غيره واما احرام العبد فلازم
لكونه مخاطبًا ولهذا لو اصاب صيدًا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو
ليس من اهل التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع فى غيره وانما طريق خروجه من ذلك الاحرام
اداء الافعال فسواء جدد التلبية او لم يجددها هو باق على ذلك الاحرام فلا يجزيه عن حجة الاسلام
لما فرغ عن ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب وما يتبعها شرع
فى بيان اول امكنة يبتدأ فيها بافعال الحج وهى المواقيت التى لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا محرمًا
والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت فى قوله تعالى
هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر فى الكتاب وقوله هكذا وقّت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه
المواقيت لهؤلاء قيل عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين اجيب بانه
صلى الله عليه وسلم علم بطريق الوحى ايمانهم فوقّت لهم على ذلك وقوله وفائدة التاقيت واضح وقوله
على قصد دخول مكة قيد بذلك لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم قال فى النهاية اعلم ان البيت
لما كان معظمًا مشرفًا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى
لا يجوز لمن دونه ان يتجاوزها الا بالاحرام تعظيمًا للبيت والاصل فيه ان كل من قصد مجاوزة ميقاتين
لا يجوز الا بالاحرام ومن قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه ان من اتى ميقاتا بنية
الحج او العمرة او دخول مكة لحاجة لا يجوز دخوله الا بالاحرام لانه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات اهل
الافاق وميقات اهل الحل والحيلة لمن اراد من الافاقى دخوله بغير احرام ان يقصد بستان بنى عامر
او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد وقوله عندنا اشارة الى الخلاف
الشافعى فان عنده ان الاحرام يجب عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج وللعمرة فاما من اراد
دخولها لقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبى صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام
وله فى الداخل للتجارة قولان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرمًا ولان وجوب
الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة لا لانه شرط للحج بدليل ان من كان داخل الميقات يحرم من دويرة
اهله وتعظيمها لم يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه
الشافعى فمن خصوصياته عليه السلام كما قال فى خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تعالى
يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما احلت لى ساعة من
نهار الى يوم القيامة وقوله ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل فيه انه صلى الله عليه وسلم رخص
للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظاهر قيل انما صغّر الدويرة تعظيما
للكعبة كذا قال على وابن مسعود يعنى ان اتمامهما ان يحرم من دويرة اهله وروى عن ابن عباس
رضى الله عنهما مثله وقيل اتمامهما ان يفرد لكل منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية

افضل

افضل والافضل التقديم عليها لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال
الشافعى الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاداء وقوله وعن ابى حنيفة ظاهر وقوله
ومن كان داخل الميقات فوقته اى موضع احرامه الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم لا الحل الذى
هو خارج المواقيت لانه يجوز احرامه من دويرة اهله كما تلونا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات
لما جاز ان يحرم من دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اى موضع شاء من الحل لان ما وراء
الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان فى مكة ظاهر وقوله لورود الاثر بما اراد به قوله واحرم
اخا عائشة ان يعمرها من التنعيم والله تعالى اعلم لما فرغ من
ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذى يفعل فى ذلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا دخل
فى الحرم كاشتى اذا دخل فى الشتاء وفى عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان
من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة واذا اراد
الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روى انه صلى الله عليه وسلم اغتسل لاحرامه وقوله الا انه
من قوله والغسل افضل وكانه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه
فقال الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها روى ان ابا بكر قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم ان اسماء قد نفست فقال مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتأدى
مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضوء مقامه كما فى الجمعة
والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة اتم ولانه عليه السلام اختاره اى آثره على الوضوء
وضعف تركيبه لا يخفى على المتامل ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفى ذكر الجديد
نفى لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام والازار من الحقو اى الخصر والرداء من الكتف لانه
صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى اى لبس الازار والرداء ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على
كتفه الايسر ويبقى كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا
شئ عليه وقوله ولانه ممنوع عن ظاهر وقوله لانه اقرب الى الطهارة لانه تصيبه النجاسة ظاهرا ومس
طيبا ان وجد اى طيب كان فى ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بما تبقى عينه
بعد الاحرام كالمسك والغالية قال محمد كنت لا ارى به باسا بذلك حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا
ورايت امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك والشافعى لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام قيل لانه
اذا عرق ينتقل الى موضع اخر من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام فى الموضع
الثانى يؤيده ما روى انه عليه السلام راى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق ووجه
المشهور حديث عائشة قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم
لجواز ان يكون ذلك الطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب انه من جملة حديث
عائشة ولقد رايت وبيص الطيب فى مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الاحرام ولما كان ذلك
معلوما من حديث عائشة اقتصر عن ذكره ولان الممنوع عن المحرم التطيب والباقى كالتابع
له لاتصاله ببدنه ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام

ويبقى على ذلك بعده فانه يكون ممنوعا ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء لانه مباين عنه
فلا يكون تابعا وعن هذا اذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان بجسده لا يحنث واذا حلف
لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وضربنا الاعرابي محمول على انه كان ثوبه لا على بدنه
قال رحمه الله وصلى ركعتين اي اذا اراد الاحرام صلى ركعتين لما روى جابر
ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وروى عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال اتاني آت من ربي وهو بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة
معا ويقرأ فيهما ما شاء وان قرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية
بفاتحة الكتاب وقل هو الله احد تبركا بفعله عليه السلام فهو افضل قال يعني محمدا وقال يعني
الذي يريد الحج اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر
قال الاول ولحقه بحديث جابر اي صلى النبي صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة وقال اي النبي صلى الله
عليه وسلم والصحيح هو الاول لانه هو المثبت في الكتب المنفعة عن الاساتذة وقوله لان اداها
اي اداء هذه العبادة تعليل لسؤال التيسير وقوله ثم يلبي يريد من اداء الحج عقيب صلاته
لاختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن عباس لبى دبر صلاته
وقال ابن عمر لبى حين استوى على راحلته وذكر جابر انه لبى حين علا البيداء وابن عمر رد
هذا فقال يكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما لبى عندما استوت به راحلته
وروي عن سعيد بن جبير قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله
صلى الله عليه وسلم وما حج الا مرة واحدة فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلاته
فسمع ذلك قوم من اصحابه فنقلوا وكان القوم ياتونه ارسالا فلبى حين استوت به راحلته فسمع
قوم فظنوها اول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوها اول
تلبية فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا في مصلاه فعلمنا بان الاتيان بقول ابن عباس افضل
لانه اكثر رواية بالبين والاتيان بقول ابن عمر جائز وقوله وان كان نفرد بالحج ظاهر وقوله
والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك وهي من المصادر التي حذف فعلها لوقوعه مثنى واختلفوا في
معناه فقيل مشتق من الب الرجل اذا اقام في مكان فمعنى لبيك اقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة
لان التثنية ههنا للتكثير والتكرير وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة اي محبة لزوجها فمعناه
محبتي لك يا رب وقيل من قولهم داري تلب دارك اي تواجهها فمعناه اتجاهي لك [illegible]
والاول انسب وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة
تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ليكون ابتداء اي غير متعلق بما قبله لا بناء اذ الفتحة صفة
الاول لم يقل ارادة الحقيقة وهو المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره ان الحمد
والنعمة لك اي وانا موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لانه يكون تقديره اللام اي لبيك
لان الحمد وفيه نظر وقيل مراده انه صفة التلبية اي لبى تلبية هي ان الحمد لك وعلى هذا قيل
من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها فقد خص وقوله وهو ذكر التلبية اجابة لدعوة الخليل عليه السلام

على

على ما هو المعروف في القصة وهو ما روي ان الخليل عليه السلام لما فرغ من بناء البيت امر بان يدعو
الناس الى الحج فصعد ابا قبيس وقال الا ان الله امر ببناء بيت له وقد بني الا فحجوا فبلغ الله صوته
الناس في اصلاب ابائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومرتين واكثر من ذلك وعلى حسب جوابهم
يحجون ويؤيد هذا قوله تعالى واذن في الناس بالحج ياتوك رجالا فالتلبية اجابة لدعاء الخليل
عليه السلام ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي و
الفارسي اما على قول ابي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح وفرق محمد بينهما بان
غير الذكر ههنا وهو تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلاة
وبهذا فرق ابو يوسف ايضا بين الصلاة والتلبية ولكن العربية افضل وقوله فلا ينقص عنه قال
الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في
الصلاة فمن قال يصير به شارعا في الصلاة قال يصير به محرما ومن قال لا فلا وقوله ولو زاد فيها
جاز ظاهر وقوله زادوا على الماثور قال عبد الله بن مسعود اجهل الناس ام طال بهم العهد
لبيك عدد التراب لبيك واراد بالعهد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزادوا في رواية
لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك اله الخلق
لبيك لبيك والرغباء اليك لبيك من عبيد ابق لبيك وقوله لان المقصود الثناء ظاهر والجواب
عن التشهد والاذان ان التشهد في تعليم زيادة التاكيد قال ابن مسعود كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القران فالزيادة تخل به بخلاف التلبية لانها
للثناء من غير تاكيد في تعليم نظم فلا تخل بها الزيادة والاذان للاعلام وقد صار معروفا
بهذه الكلمات فلا يبقى اعلاما بغيرها وليس في المسئلة كثير خلاف فانه جعل المنقول افضل
في رواية قال في شرح الوجيز لا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكون مكررها
ونحن لا ننكر هذا كذا في الاسرار قال رحمه الله واذا لبى فقد احرم من اراد الاحرام
اذا نوى ولبى فقد احرم ولا يصير شارعا لا بمجرد النية ولا بمجرد التلبية اما الاول فلان العبادة
لا تتادى الا بالنية الا ان المصنف لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج
واما الثاني فلانه عقد على الاداء اي على اداء عبادة تشتمل على اركان مختلفة وكل ما كان كذلك
فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كانت تلبية او غيرها عربيا او غيره في
المشهور كما ذكرنا او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فانه يقوم مقامه في حصول المقصود وهو
اظهار الاجابة للدعوة وقال الشافعي في اصل قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزم الكف عن
ارتكاب المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب انا لا نسلم
انه في الاحرام التزم الكف بل التزم اداء الافعال والكف ضمني لان محظورات الحج بخلاف الصوم
فان الكف فيه ركن فكان التزامه قصديا وقوله وينوي ما نهى الله عنه ظاهر وقوله فهذا نهي
بصيغة النفي انما قال لئلا يلزم الخلف في كلام الشارع لوجوده من بعض وانما قال بحضرة
النساء لان ذكر الجماع في غير حضرتهن ليس من الرفث روي عن ابن عباس انه انشد في

في احرامه وهن يبشين بناهميسا ان تصدق الطير ننك لميسا فقيل له ارفثت وانت محرم فقال انما
الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم لا تقتلوا الصيد وانتم محرمون
وقوله ولا يشير اليه الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة وقوله ولانه اي المذكور من الاشارة
والدلالة والاعانة ازالة الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه وبعده عن الاعين وهو حرام وقوله ولا يلبس
قميصا ظاهر وقوله قال في محرم توفي هو الاعرابي رحمه الله وقصت به ناقته في اخافيق الجرذان
وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والاخافيق شقوق في الارض والجرذان جمع جرذ وهو ضرب
من الفار فان قيل كيف يتمسك اصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف حكم الحديث في محرم يموت في
احرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية راسه ووجهه بالكفن عندنا خلافا للشافعي وهو
يتمسك هناك بهذا الحديث اجيب بان الحديث فيه دلالة على ان للاحرام تاثيرا في ترك تغطية الراس
والوجه فانه عليه السلام علل الترك التغطية بانه يبعث ملبيا والحجة لنا في تغطية راس المحرم ووجهه
اذا مات ما روي عن عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا
تشبهوه باليهود ولقائل ان يقول لو كان للاحرام تاثيرا في ترك تغطية الراس والوجه لما امر
بتخميرهما وقوله ولان المراة لا تغطي وجهها ظاهر وقوله وفايدة ما روي يعني احرام الرجل في راسه
واحرام المراة في وجهها الفرق في تغطية الراس يعني الفرق بين احرام الرجل والمراة بحيث يجوز
للمراة تغطية الراس ولا يجوز للرجل ذلك لا ان يغطي الرجل وجهه في الاحرام وقوله ولا يمس طيبا
الطيب ما له رايحة طيبة لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل والشعث بالكسر نعت وبفتحها مصدره
وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد منه
رايحة كريهة وكذا لا يدهن لما روينا يعني الحاج الشعث التفل قال رحمه الله
ولا يحلق راسه المحرم لا يحلق شعره مطلقا لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية وهو بعبارته ينهى
عن حلق الراس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان شعر الراس يستحق الامن عن الازالة لكونه ناميا
يحصل الارتفاق بازالته وهذا المعنى موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص لحيته
ظاهر وقوله قضا التفث يعني ازالة الوسخ والورس صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرايحة وفي
القانون الورس شي احمر قاني يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن وقوله لا ينفض اي لا يوجد
منه رايحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد ان لا يتعدى اثر الصبغ الى غيره او لا يفوح منه
رايحة الطيب والثاني مختار المصنف لانه قال لان المنع للطيب لا للون واعترض على المروي عن
القدوري وهو ينفض فيه الفاعل لانهم يقولون نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته
ليسقط ما عليه والثوب ليس بنافض وانكر هذه الرواية وقيل بل هو على بناء المفعول ولين كانت كان
اسنادا مجازيا وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث
وهو الورس والزعفران ليلحق به وقلنا صح في الورس دليل في العصفر بالاولوية لانه فوق الورس
في طيب الرايحة وهو مذهب عايشة وقوله ولا باس بان يغتسل ظاهر والهميان معروف وهو ما
يوضع فيه الدراهم والدنانير وسيلت عايشة رضي الله عنها هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق

في نفقتك بما شيت ولانه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط ونقض
لبس الازار والرداء بحبل وغيره فانه مكروه بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط وبما اذا
عصب العصابة على راسه فانه مكروه ولو فعله يوما كاملا لزمه الصدقة وليس في معنى
لبس المخيط واجيب عن الاول بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روي انه صلى الله عليه
وسلم راى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق ذلك الحبل ويلك وعن الثاني بان لزوم الصدقة
انما هو باعتبار تغطية بعض الراس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا ان ما يغطيه جزء
يسير يكتفى فيه بالصدقة وقوله لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قيل بوجود هذين
المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا غسل راسه بالخطمي فان له
رايحة وان لم تكن ذكية وفي قول ابي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان لكنه
يقتل الهوام قال رحمه الله ويكثر من التلبية عقيب الصلاة وكلما علا
شرفا المحرم يكثر التلبية في خمسة اوقات على ما ذكر في الكتاب وزاد الاعمش عن خيثمة رضي الله عنه
سادسا وهو ما اذا استعطف الرجل راحلته والتعليل في الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته
بالتلبية المستحب عندنا في الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلانه مقصود كالاذان
والخطبة وغيرهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت بها
مستحبا وقوله واذا دخل مكة واضح وقوله ان تبرك بالمنقول منها اي من الدعوات فحسن ومن
المنقول منها انه اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك هذا تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا
ومهابة وزد من شرفه وكرمه وعظمه ممن حجه او اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة
بسم الله الله اكبر وعن عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت
من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر وقوله ثم ابتدا بالحجر ظاهر وقوله واستلمه يقال
استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف من السلم بفتح السين وكسر اللام وهو الحجر
وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر رضي الله عنه في
خلافته اتى الحجر الاسود ووقف فقال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا فقال اما ان الحجر ينفع فقال له وما منفعته
يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من
ظهر آدم وقررهم بقوله الست بربكم قالوا بلى اودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد
بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيامة وقوله انك رجل ايد اي قوي والعرجون اصل الكباسة
وقوله واستلم الاركان يعني الحجر الاسود والركن اليماني وانما جمعه باعتبار تكرار الاشواط او لانها
ثلثاة لانه ذكر في الكتاب بعد هذا فانه لا يستلم غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج
الراس كالصولجان وقوله وان لم يستطع شيا من ذلك استقبله وكبر وهلل قيل يجعل باطن كفيه الى
الحجر دون السما ولا يجعل باطن كفيه الى السما كما يفعل في ساير الادعية لان في حقيقة الاستلام
يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا في البدل وقوله ثم اخذ عن يمينه بيان لمبدا الطواف وهو من الحجر

فان افتتح من غيره لم يذكر محمد في الاصل واختلف المتاخرون فقال بعضهم لا يجزيه وهكذا ذكر في الرقيات
ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق البداية فالتحق فعل النبي صلى الله عليه وسلم بيانا له فيفترض
البداية به وقال آخرون يجزيه لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب وانما قيل باليمين
لانه لو اخذ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيده
ما دام بمكة وان رجع الى اهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع
رداءه قال في المغرب الصواب بردائه وفي الصحاح انما سمي هذا الصنيع بذلك لابداء الضبعين وهي
التابط ايضا وقوله في حديث عائشة يعني ما روي ان عائشة رضي الله عنها نذرت ان فتح الله مكة على
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وادخلها
الحطيم وقال صلي ههنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه من البيت ولولا
حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء البيت واظهرت قواعد الخليل عليه السلام وادخلت الحطيم
في البيت والصقت العتبة بالارض من البيت وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل
لافعلن ذلك فلم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان
سمع الحديث فيها ففعل ذلك واظهر قواعد الخليل وبنى البيت على قواعد الخليل بحضرة من الناس وادخل
الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير فنقض بناءها واعادها على ما كان
عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا بد من دخوله في الطواف وباقي كلامه واضح
رحمه الله ويرمل في الثلاث الاول قال ابن عباس لا رمل في الطواف وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
في عمرة القضاء وهو انه عليه السلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم
على ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويخلوا مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام الثاني
اخلوا له البيت ثلاثة ايام وصعدوا الجبل وطاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اصحابه فسمع بعض
المشركين يقول لبعض اضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمل وقال لاصحابه رحم
الله امرأ اري من نفسه قوة فانما كان ذلك لاظهار الجلد يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الآن فلا
معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله لما روى
جابر وابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاث الاول ولم
يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وقوله ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار وفعله
من الهون والرمل من الحجر الى الحجر اي من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل قام
يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث وقوله ويستلم الركن اليماني واليمن خلاف الشام
لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة اليه يماني بتشديد الياء او يماني بالتخفيف على تعويض الالف من
احد يائي النسبة وقوله حسن يعني مستحب وقوله ثم ياتي المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو
الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلاة عند المقام واجبة عندنا وقال الشافعي هي سنة لانعدام
دليل الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب وعورض
بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني ان حديث الاعرابي وهو انه عليه السلام

حتى علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال له هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع ينفي افتراضه وهو اقوى منه
فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني
بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على ان صلاة الجنازة وصلاة العيدين واجبة وليس
في هذا الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث وقوله وهذا الطواف طواف
القدوم هذا الطواف له اربعة اسامي طواف القدوم وطواف التحية وطواف اللقاء وطواف اول
العهد وقوله وهو سنة ظاهر وقوله وفيما رواه سماه تحية جواب عن استدلال مالك بالحديث وهذا
لان التحية في اللغة اسم لاكرام يبتدئ به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان
على صيغة الامر كما في قوله اكرموا الشهود فان قيل قوله تعالى فحيوا باحسن منها واراد بلفظ التحية
رد السلام واجيب بان المامور به الاحسن وهو ليس بواجب بالاجماع ولكن ذكر لفظ التحية
وقع بطريق المشاكلة وقوله وليس على اهل مكة ظاهر وقوله ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في الفقه
تاخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فجعله تابعا للفرض اولى
لكن العلماء رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة
يوم شغل من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم
تخفيف على الناس وقوله ثم ينحط اي ينزل نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة والوقار
فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين روى جابر لما صعد النبي صلى الله عليه وسلم
الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله
الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرا مقدار خمس وعشرين آية
من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انتصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى
ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم وقوله ويفعل
كما فعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء بحاجته وقوله
وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي
انه يطوف بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه بل يجعل ذلك شوطا
آخر والاصح ما ذكره في الكتاب لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على انه
طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قاله الطحاوي تصير اربعة عشر شوطا كذا في المبسوط فان قيل
ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدا الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف دوران
لا يتاتى الا بجعله دوريا فيكون المبدا والمنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة
مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه وقوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن الوادي
وقوله واما مبدا بالصفا ظاهر ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن عندنا وقال الشافعي
ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف
بهما وجه الاستدلال ما ذكره ان مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به
من خطبة النساء وما يستعمل للاباحة ينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه اي عن ظاهر الآية

في الايجاب اى تركنا العمل بظاهره في نفي الايجاب ولم يذكرها اوجب العدول واختلف فيه الشارحون
فمنهم من قال عملا بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب ومنهم من قال باول الاية وهو قوله ان الصفا
والمروة من شعاير الله فان الشعاير جمع الشعيرة وهي العلامة وذلك يكون فرضا فاول الاية يدل
على الفرضية واخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض علما وهو فرض عملا فكان
فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع
به وما رويتم ليس كذلك وقوله ثم معنى ما روي تاويل الحديث وقيل فقوله كما في قوله تعالى كتب عليكم
اذا حضر احدكم الموت نظر لان الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا ثم نسخت فكان كتب دالا
على الفرضية والجواب ان ذلك ليس بمجمع عليه بل قال بعضهم ليست بمنسوخة بل يجمع للوارث بين الوصية
والميراث والمانع يلفظ ذلك فان قيل ما بال المصنف اعرض عن الاستدلال بحديث [illegible]
واصدادل على الوجوب من الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لان رواية عبد الله بن المومل وهو ضعيف
قال النسائي ويحيى بن معين والدارقطني وقال احمد احاديثه منكرة وقوله ثم يقيم بمكة حراما اى محرما
لانه محرم بالحج لشروعه فيه وكل من كان كذلك لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا لم يات بها وقوله والصلاة
خير موضوع فلذا الطواف قيل الا ان الطواف التطوع افضل للغرباء وصلاة التطوع افضل لاهل مكة
لان الغرباء يفوتهم الطواف ولا تفوتهم الصلاة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلاة افضل
وقوله والتنفل بالسعي غير مشروع لانه ثبت بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا بالقياس على الطواف ولا
مجال له فيه وقوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني
خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلاة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى
واما في خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلاة الظهر وقوله فالحاصل ان في الحج ثلث خطب
ظاهر وقوله واذا صلى الفجر يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابرهيم عليه السلام
راى ليلة التروية كان قايلا يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اى تفكر في ذلك من الصباح
الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى راى مثل ذلك فعرف
انه من الله تعالى فمن ثم سمي يوم عرفة ثم راى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم النحر وقيل
انما سمي يوم التروية بذلك لان الناس يتروون بالماء من العطش في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا
الى عرفة ومنى وانما سمي يوم عرفة لان جبريل عليه السلام علم ابرهيم عليه السلام المناسك كلها يوم عرفة
فقال اعرفت في اى موضع تطوف وفي اى موضع تسعى وفي اى موضع تقف وفي اى موضع تنحر وترمي
فقال عرفت فسمي يوم عرفة وسمي يوم الاضحى به لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى
عرفات اى يتوجه من منى بعد صلاة الفجر يوم عرفة الى عرفات فيقيم بها لما روينا انه عليه السلام راح الى
عرفات وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله اى قبل طلوع الشمس جاز وقيل الذكر وكان من حق الكلام
ان يقول ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يصح بناء قوله وهذا اى التوجه بعد طلوع الشمس وقوله اما
لو دفع قبله الى اخره قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لان الضمير للشان وقوله لا يتعلق
بهذا المقام يعني منى حكم من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الاعظم

لا يقال

لا يقال لم لا يجوز ان يكون المكث بمنى الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك
انما يثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله وينزل بها اى بعرفة مع الناس لان الانتباذ اى الانفراد
تجبر وقوله وقيل مراده يعني من قوله مع الناس ان لا ينزل على الطريق وقوله واذا زالت الشمس
يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعني قبل الصلاة
ولفظ يبتدي يشير الى ذلك وقوله هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم روى جابر ان النبي
صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس امر بالقصوى فرحلت له حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس
ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر وقوله ولنا ما روينا اشارة الى قوله هكذا
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون
كما في الجمعة وعن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن
خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في ساير الايام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة
قال بعض الشارحين وهذا اصح عنده وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث
جابر قال المصنف والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الرواية لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج
واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه الصحة لان رواية جابر تقتضي الاذان
بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا الى ما بعدها من الحجة وهو القياس
على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة
قال رحمه الله ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر اى يصلي الامام بالقوم
الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين اما نفس الجمع بين الصلاتين فلورود النقل
المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فلما روى جابر ان النبي صلى الله
عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب ولا يتطوع بين الصلاتين يعني
لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما يروى عن محمد فانه يقول لا يعيد الاذان الاول لان الوقت
قد جمعهما فيكتفي باذان واحد كما في العشاء مع الوتر ووجه الظاهر ما ذكره ان الاشتغال
بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول وقطع فوره الاذان الاول يوجب اعادته للعصر
لان الاذان للاعلام وكل صلاة اصل بنفسها الا انه اذا جمع بينهما استغنينا عن الاعلام
واذا قطع عاد حكمه الاصلي وقوله فان صلى بغير خطبة ظاهر وقوله ومن صلى الظهر في رحله
اى في منزله وحده صلى العصر في وقتها عند ابي حنيفة وقالا المنفرد وغيره سيان في الجمع
بينهما ومبنى الاختلاف على ان تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعة او لامتداد الوقوف
فعنده للاول وعندهما للثاني لهما ان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف بدليل انه لا يجمع على
من ليس عليه الوقوف وان الحاج يحتاج الى الدعاء في وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل
عن الدعاء والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع ولابي حنيفة ان
المحافظة على الوقت فرض بالنصوص قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى
وقال ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك

فيما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين ومن بعدهم من الصحابة من الجمع بالجماعة مع
الامام فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم لصيانة الجماعة جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان جواز
الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه يتعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا لان
الموقف موضع واسع ذو طول وعرض فلا يمكنهم اقامة الجماعة الا باجتماع وانه يتعذر عليهم
في العادة فيجعل العصر لئلا تفوتهم فضيلة الصلاة بالجماعة لحق الوقوف لان الجماعة تفوت لا الى
خلف وحق الوقوف يتأدى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لان الوقوف
لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضي وغير ذلك وفي كلامه تسامح
لانه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم العصر على وقته وههنا
جعل علته صيانة الجماعة فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن ليس
كذلك لان المقصود منه اذا اعظم ركني الحج وان كان غير ذلك تناقض كلامه وتوارد علتان
على معلول واحد بالشخص وذلك غير جائز ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود من الوقوف شيئان
احدهما عاجل والثاني آجل والاول هو امتداد المكث لاجل الدعاء لمصالح دينه ودنياه والثاني اداء
الركن وصيانة الجماعة فيجوز ان يكون تقديم العصر معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود
الاول ولصيانة الجماعة من حيث الثاني واذا اختلفت الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين
والحاصل انهم اتفقوا على ان المقصود منه للكل هو الامتداد في المكث لاجل الدعاء ولكنهم اختلفوا
في وجود غيره فقالا ما ثم غيره وفيه المنفرد والجمع سواء وقال بل ثم غيره وهو ما قلنا من صيانة
الجماعة وليس المنفرد فيه كالجماعة ثم عند ابي حنيفة الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر في
العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته واشتراط الامام للمغير ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف القياس
عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فلما كان
شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج قال ابو حنيفة
الاحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر فيمن صلى الظهر مع الامام
ثم احرم بالحج فصلى العصر معه او المحرم بالعمرة صلى الظهر ثم احرم فصلى العصر مع الامام لم يجز العصر
الا في وقتها عند ابي حنيفة وعند زفر يجوز ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية لان الاحرام
شرط جواز الجمع وشرط الشيء يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس فقارنا والمتقدم على احد
المتقارنين متقدم على الآخر وفي رواية اخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لان المقصود هو الصلاة والله
اعلم بالصواب **قال** رحمه الله ثم يتوجه الامام الى الموقف اي بعد الجمع بين الصلاتين
يتوجه الامام الى الموقف الاعظم فيقف بقرب الجبل لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة
قوله والجبل يسمى جبل الرحمة ظاهر وقوله الا بطن عرنة وادي بحذاء عرفات قيل رأى النبي صلى الله عليه وسلم
فيه الشيطان فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاث والمزدلفة انما سميت بها لاجتماع فيها
ومنه قوله تعالى وازلفنا ثم الآخرين اي جمعناهم وقيل هو من الازلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وازلفت
الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات ووادي محسر بكسر السين

ولتشديدها

ولتشديدها وهو بين منى وعرفات وقوله كالمستطعم للمسكين في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة
في تحقيق المراد فان التشبيه حينئذ انما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله
وان ورد الاثار ببعض الدعوات عن علي انه عليه السلام قال ان اكثر دعائي ودعاء الانبياء
من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت
بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح
صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وساوس الصدور وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني
اعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما تهب به الرياح وقوله الا في الدماء والمظالم اي الا في حق
الدم الذي وجب لبعضهم على بعض قصاصا وعجزوا عن استيفائه وفي حق المظالم التي وجبت
لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف وقيل قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة وقوله
ويلبي في موقفه يعني يستديم ذلك الى ان يرمي اول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك
يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة باللسان والاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان
كتكبيرة الافتتاح في الصلاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اردف الفضل فاخبر الفضل
انه لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة ولان التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة في كونه ذكرا مفعولا في افتتاح
العبادة ويتكرر في اثنائها فكان القياس ان يكون الى آخر جزء من الاحرام وذلك انما يكون عند الرمي
وقيل كان القياس ان يكون الى آخره كالتكبير في الصلاة الا ان القياس ترك فيما بعد الرمي بالاجماع فبقي
فيما وراءه على اصل القياس وقوله والناس على هيئتهم انما هو اتباع للسنة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ايها الناس ليس البر في ايجاف الخيل وفي ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار والنبي عليه السلام
دفع بعد غروب الشمس ومشى على هيئته في الطريق ولان فيه اظهار مخالفة المشركين فانه روي
انه صلى الله عليه وسلم خطب عشية عرفة فقال ايها الناس ان اهل الجاهلية والاوثان كانوا يدفعون
من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بها رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدينا ليس
كهداهم فادفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر ذلك عليه السلام وامر به اظهارا لمخالفة المشركين
فليس لاحد ان يخالف ذلك وقوله ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه اشارة الى انه لو جاوزها قبل الامام
وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام منها
بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط **قال** رحمه الله واذا
اتى مزدلفة والمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى
قوله لانه يدعو ويحلم وقوله ويصلي الامام بالناس باذان واقامة اي في وقت العشاء وقوله ثم تعشى
اي اكل العشاء وقوله ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع اي جمع المزدلفة عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة
عن وقتها واداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لان القضاء مشروع في جميع الصلوات فلا
يجب مراعاة مورد النص في النص وان ورد في تاخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا تشترط فيه الجماعة
واما تقديم الصلاة على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه جميع ما ورد فيه النص وانما خص
ابا حنيفة بالذكر لان الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق اي في طريق

المزدلفة وصلاة لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف
يجزيه وقد اساء وكذلك لو صلاها بعرفات وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها
لابي يوسف انه اداها في وقتها ومن ادى صلاة في وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر
الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عليه السلام قال لاسامة بن زيد
حين افاض من عرفة ومال الى الشعب فقضى حاجته فتوضا وقال له اسامة يا رسول الله الصلاة
قال الصلاة امامك يعني وقت الصلاة امامك لان الصلاة فعل المصلي فلا يتصور ان تكون امامه و
تذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف اضاعوا الصلوة وفسر بعضهم بان
معناه مكان الصلاة امامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا اي قول النبي صلى
الله عليه وسلم اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن كذلك كان معناه القضا بعد خروج الوقت و
تفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه السلام فيجب النظر في سببه واما ان يكون تأخير
السنة او امكان الجمع بين الصلاتين في المزدلفة لا سبيل الى الاول لان ميله عليه السلام
الى الشعب وقضا حاجته يا باه فتعين الثاني فما كان ممكنا لا يصار الى غيره والامكان لم
يطلع الفجر فتجب الاعادة ما لم يطلع واما اذا طلع فقد فات الامكان فسقط الاعادة واعترض
بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا
موقوتا واجاب شيخي العلامة بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول في الصدر الاول وعملوا به
فجاز ان يزاد به على كتاب الله وانا اقول قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا الاية وغيرها
ليس فيه دلالة قاطعة على تعيينها الاوقات وانما دلالتها على ان للصلاة اوقاتا وتعيينها ثبت بامامة
جبرئيل وبغيره من الاحاد او بفعله عليه السلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز ان يعارضه خبر الواحد
ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضا فتعين ان يكون ذلك وقتها
وشكك عن ابي يوسف بان صلاة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة اولا فان كان الاول
فلا تجب الاعادة لا في الوقت ولا بعده وان كان الثاني وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب
صحيحا بمضي الوقت واجيب بان الفساد موقوف يظهر اثره في ثاني الحال كما في مسئلة الترتيب

قال رحمه الله واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس ش اذا طلع الفجر يوم
النحر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة آخر الليل وفي بعض الشروح ناقلا عن الديوان آخر
ظلمة الليل وهو اوفق لما نحن فيه على ما سيظهر قوله لرواية ابن مسعود قال ما رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لوقتها الا بجمع فانه جمع المغرب والعشاء وصلى صلاة الصبح من الغد
قبل وقتها ولقائل ان يقول الدليل المنقول والمعقول اللذان ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول
اما المنقول فلانه يدل على انه عليه السلام صلاها بغلس والمدلول قوله واذا طلع الفجر يصلي الامام
بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقريره في التغليس دفع حاجة الوقوف ودفع الحاجة
يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته فيكون ههنا كذلك تصحيحا للتشبيه
وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود هو عبد الرحمن بن يزيد وقد روى

البخاري عنه في صحيحه انه قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلاتين ثم صلى الفجر
حين طلع الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على ان المراد بقوله وقتها قبل وقتها المستحب
لان الظاهر ان الراوي لا يعمل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيح ثم صلى الفجر
حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه للجواز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها
فلان يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها اولى وقوله ثم وقف ووقف معه الناس ظاهر وقوله حتى الدعا
والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بان يرضى الخصوم بالازدياد في مثوبا تهم حتى يتركوا خصومتهم
في الدعاء والمظالم قوله وقال الشافعي انه ركن قال في النهاية ونسبة هذا القول الى الشافعي وقع
من الكاتب لان الله ذكر في كتبهم ان الوقوف بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي
وذكر في الاسرار علقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى قاضيخان مالكا مكان الشافعي ويجوز ان يكون
المصنف قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل بقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام من عرفة
تثبت الركنية لان الله تعالى امر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك فيها الا بعد حضوره والوقوف
فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله بالليل
ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر وقوله والمذكور فيما تلى الذكر جواب
عن استدلاله بالاية وتقريره ان المامور به في الاية وهو الذكر ليس بركن بالاجماع فكذا ما كان
وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله وانما عرفنا ظاهر وقوله لما روينا يعني به قوله
انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث ان المراد من تعليق تمام الحج في قوله
عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف الى آخره من حيث الكمال وهو الاتيان بالواجب لا من حيث
الجواز وقوله لما روينا من قبل يعني قوله عليه السلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي
محسر قوله هكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي صلى الله
عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر قالا ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر
الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى منى واقول معنى قوله اذا طلعت الشمس اذا قربت الى
الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور المسئلة وقوله فيبتدئ بجمرة العقبة الكلام في الرمي
في اثني عشر موضعا احدها الوقت وهو يوم النحر وثلاثة ايام بعده والثاني في موضع الرمي وهو
بطن الوادي يعني من اسفله الى اعلاه والثالث في محل الرمي اليه وهو ثلثة جمرة العقبة ومسجد
الخيف والوسطى والرابع في كمية الحصاة وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو
ان يكون مثل حصى الخذف والسادس في كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل يأخذ الحصى
بطرف ابهامه ومسبحته والسابع في مقدار الرمي وقد ذكره في الكتاب والثامن في صفة الرامي
وهو ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما والتاسع في موضع وقوع الحصاة والعاشر في موضع
الذي يؤخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب والحادي عشر فيما يرمى به وهو ما كان من جنس الارض
والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول جمرة العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها وكلاهما في الكتاب
واضح وقوله فيتشام به ولا يتبرك بيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس ما بال الجمار

ترمى من وقت الخليل عليه الصلاة والسلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال لما علمت ان
من يقبل حجه يرفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد لما سمعت هذا من
ابن عباس جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد
بتلك العلامة شيئا من الحصاة قوله ويجوز الرمي بكل ما كان من جنس اجزاء الارض عندنا اعترض
عليه بالفيروزج والياقوت فانهما من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي
بهما حتى لم يقع معتدا بهما في الرمي واجيب بان الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل
بهما برميهما وقال الشافعي لا يجوز الرمي الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا
سلمنا انه غير معقول ولكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر والاصل
فيه فعل الخليل عليه السلام ولم يكن في الحجر له بعينه مقصود انما مقصوده فعل الرمي اما اعادة
للكبش او لطرد الشيطان على حسب اختلاف الرواة فقلنا باي شيء حصل فعل الرمي اجزأه ولا
يرد الذهب والفضة ولا الجواهر لانه يسمى نثارا لا رميا قال رحمه الله
ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر كلامه واضح وقوله ظاهر بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين
روى نافع عن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين فقال
والمقصرين وفي رواية انه كرر عليه السلام ثم قال في الرابع والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل
وقوله مقدار الانملة قيل هذا التقدير مروي عن ابن عمر ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر الموسى على
راسه لانه ان عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا وقوله لانه
من دواعي الجماع بعضه ان المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى
يطوف كالقبلة والمس بشهوة ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها اذا حلق الحاج حل له كل شيء الا
النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف بالبيت وهذا
لا يشك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي قال الجماع فيما دون
الفرج يرتفع بالحلق لانه لا يفسد الاحرام بحال ولنا انه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام
الاحلال بالطواف وهذا لان دواعي الجماع ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق
وقوله ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا يعني اذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق
وقال الشافعي يتحلل ويحل له كل شيء الا النساء هو يقول انه يتوقت بيوم النحر وكل ما هو كذلك هو محلل
كالحلق ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غيره او انه كالحلق والرمي ليس بجناية في غيره او نقض
بدم الاحصار فانه محلل وليس بمحظور الاحرام واجيب بان المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار
ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة المنع وقوله بخلاف الطواف جواب عما يقال الطواف محلل في حق
النساء وليس بمحظور الاحرام وانما هو ركن وتقريره ان التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله
ثم ياتي مكة من يومه يعني اول ايام النحر وقوله وقته ايام النحر وقت طواف الزيارة وقوله فكان وقتهما
واحدا اي وقت الاضحية ووقت طواف الزيارة الا ان الاضحية لم تشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع
بعد ذلك الا انه يكره تاخيره عن هذه الايام على ما يجيء وقوله واول وقته ظاهر وقوله والرمل ما شرع

الآخرة في طواف بعده سعي لان النبي صلى الله عليه وسلم انما رمل في طواف العمرة وهو طواف بعده
سعي وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل سبوع ركعتين والامر
للوجوب وانما لم يقل لما روينا لانه ذكر فيه وجه التمسك بالوجوب فكان قوله بينا اشمل واعم
من قوله روينا وقوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله الا انه اخر عمله في حق النساء
جواب عما يقال اذا كان الحلق السابق محللا فكيف بقيت النساء محرمة وتقريره ان عمله تاخر
في حق النساء ليقع الطواف الذي هو ركن في الاحرام لئلا يقع التحلل في كله وقوله وهذا
الطواف اي طواف الزيارة هو المفروض في الحج وقوله ثم يعود الى منى يعني بعد طواف الزيارة
فيقيم بها لان النبي صلى الله عليه وسلم رجع اليها كما روينا يعني ما تقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم
لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وقوله ولانه بقي عليه الرمي
ظاهر وقوله ويقف عند الجمرتين يعني الجمرة الاولى والوسطى في المقام الذي يقف فيه الناس
وهو اعلى الوادي وقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن حديث مشهور والمواطن
هي عند افتتاح الصلاة والقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا
والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين وعند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على انه لا يقيم عند جمرة
العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد وفي سائر الادعية لا يفعل كذلك لان الرفع ينافي
السكينة والوقار فيسوغ في موضع ورود النص ويترك في الباقي على اصل الدليل قال
رحمه الله واذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد الزوال يعني اذا زالت الشمس في اليوم الثالث
من ايام النحر رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى في اليوم الثاني وان اراد ان يتعجل النفر اي الذهاب والخروج
من منى الى مكة في اليوم الثالث من ايام النحر فعل ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع
بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه اي فمن تعجل في اليوم
الثاني والثالث من ايام النحر ومن تاخر الى اليوم الرابع فلا اثم عليه وقوله لمن اتقى يتعلق بهما جميعا اي
ذلك التخيير ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شيء منهما فيحسب ان احدهما يؤثم
صاحبه في الاقدام عليه وانما خص المتقي لانه هو الحاج في الحقيقة عند الله وقوله وفيه خلاف الشافعي
فانه يقول ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو ممتد
الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر ثابتا فيه كما قبل الغروب
من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فانه وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك
وقوله اعتبارا بسائر الايام اراد بالايام اليومين اعني الثاني والثالث لان رمي جمرة العقبة
في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف فقوله بخلاف اليوم الاول والثاني يعني الاول والثاني
مما يرمى فيه الجمار الثلاث لا الاول والثاني من ايام النحر وقوله في المشهور من الرواية احتراز عما
روى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا باس بان يرمي في اليوم
الثالث قبل الزوال وان رمى بعده فهو افضل وان لم يكن ذلك من قصده لا يجوز ان يرمي الا بعد الزوال
وذلك لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة الا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول

الظاهر انه عليه السلام لم يرم فيه الا بعد الزوال وقوله ثم عند ابي حنيفة حاصله انما بعد طلوع الفجر من يوم
النحر الى طلوع الشمس وقت للجواز مع الاساءة وما بعده الى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال الى
الغروب وقت الجواز من غير اساءة والليل وقت للجواز بالاساءة كذا في مبسوط شيخ الاسلام وعن
ابي يوسف انه يمتد اي وقت الرمي في اليوم الاول الى وقت الزوال لان الوقت يعرف بتوقيت الشرع
ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتاله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام ان اول
نسكنا في هذا اليوم وقوله وبيان الافضل ما روي عن ابي يوسف يعني به ما حكي عن ابرهيم بن الجراح قال دخلت على
ابي يوسف في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا افضل ام ماشيا فقلت ماشيا فقال اخطأت
فقلت راكبا فقال اخطأت ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا افضل وما ليس بعده وقوف فالرمي
فيه راكبا افضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على
العلم في مثل تلك الحالة والذي روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار كلها راكبا فانما فعله ليكون اظهر
للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدون منه وقوله ولو بات في غيره اي في غير منى متعمدا لا يلزمه شيء عندنا
خلافا للشافعي فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان تركها ليلتين فعليه مدان وان ترك
ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء بترك الرمي ولنا انه وجب ليسهل عليه الرمي
في ايام يعني ان المقصود من البيتوتة غيرها وهو ان يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي
فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من افعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة بمنى ليلة العيد قال
رحمه الله ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع اثقال والمحصب
اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصباء بين مكة ومنى نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قصدا
هو الاصح حتى يكون سنة وقوله هو الاصح احتراز عن قول ابن عباس ان النزول به ليس بسنة لكنه موضع
نزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح انه سنة ونزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قصدا
على ما روينا قال لاصحابه بمنى انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة الى اخره والخيف بسكون الياء
المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب وقوله ويسمى طواف الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كسلام
وكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف القدوم الا ترى ان كل واحد
منهما ياتي به الافاقي دون المكي وهو من واجبات الحج فالافاقي والمكي فيه سواء ولنا قوله عليه السلام من حج
هذا البيت فليكن اخر عهده الطواف وانه رخص للنساء الحيض وذلك ايضا دليل الوجوب والا لم يكن
لتخصيص الرخصة بالحيض فايدة والمكي والافاقي في واجبات الحج سواء فيما اذا كانت العلة مشتركة وههنا
ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في حق المكي ولا في حق من هو فيما وراء الميقات
ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له ان يخرج لا يقال لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الافاقي لان ركن
العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعا له وقوله لما قدمنا يعني في موضعين من قوله صلى الله عليه وسلم
وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين وقوله لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا
وقوله ويأتي زمزم اي بعد تقبيل العتبة واتيان الملتزم والصاق خده بجدار الكعبة يأتي زمزم
فليشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني اسئلك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل

داء

داء وقوله وهذا بيان تمام الحج يعني الحج الذي اراد عليه السلام بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم
يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط

فصل

لما ذكر افعال الحج على
الترتيب فاتمها الحق مسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات
ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب وهو المختار
وكذلك قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة ومالك كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس
مستدلا بقوله عليه السلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل ونهار فقد تم حجه والنهار اسم
للوقت من طلوع الشمس وهو محجوج بما روينا انه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف بفعله
فدل على ان ابتداء الوقوف بعد الزوال وقوله ثم اذا وقف بعد الزوال ظاهر وقال مالك لا يجزيه الا ان
يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان يكون اضافته بعد الغروب واستدل بقوله عليه السلام من
ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الرواية غير مشهورة
وانما المشهور من فاته عرفة فقد فاته الحج وفيما روينا وهو قوله عليه السلام ساعة من ليل او نهار
دليل على ان بنفس الوقوف في جزء من وقته يصير مدركا فكان حجة عليه وقوله ومن اجتاز
بعرفات نائما او مغمى عليه ظاهر وقوله والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط الحل لكن جواب
عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة والاخلال بها اخلال بالحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا ان الجهل
يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك ان لو كانت شرط الحل لكل ركن وليس كذلك
بل اذا كانت موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة او دلالة استغني عنها عند وجود
كل ركن فان لم يكن ثم صارف وانما قلنا اذ لم يكن ثم صارف احترازا عما اذا طاف بالبيت هاربا او طالب
غريم ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصده الهرب
او اللحوق وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها باقية بالاستصحاب ضعيفة
تنصرف بصارف وقوله ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه اتفق علماؤنا على ان الاحرام يقبل
النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء
وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج
البيت واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به اولا فذهب ابو حنيفة الى انه استنابة
كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورته فله ان يحرم عنه الرفقاء نيابة سواء انهم احرموا عن انفسهم
ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه ايضا بطريق النيابة كالاب
يحرم عن ابن صغير معه فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النايب وعبارة
النايب فيه كعبارة المنوب حتى لو اصاب النايب صيدا كان عليه الجزاء من قبل احرامه عن
نفسه وليس عليه من جهة احرامه عن المغمى عليه وقد يبحث من وجهين احدهما ان الرفيق
اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام
بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا كان متوضيا لا يكون غيره به متوضيا
وان نوى التوضي عنه وههنا يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم

ان لو كان المحرم هو النايب في الاحرام من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه
لان النايب على ما ذكرنا وعن الثاني ان التشبيه بالوضوء في ان كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ولكن
النيابة في الوضوء بالتوضية بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيحصل له ان يصلي بذلك الوضوء وفي
هذا يتولى النايب الاحرام بنفسه ثم فايدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز عنده
كما لو امر به لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم
بنفسه فظاهر واما انه لم ياذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصرح بالاذن
اذ هو المفروض وما ثمة دلالة لانها تتوقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم جوازه لا يتقدم
عليه وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا
ولابي حنيفة ان الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما
يعجز عن مباشرته بنفسه وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا
بهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة وقوله والعلم ثابت جواب
عن قولهما والدلالة تتوقف على العلم وتقريره ان العلم ان كان شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو
عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فثبت الاذن دلالة والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يخالفها
صريح فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم ساير المناسك قلت الاصح ان نيابتهم عنه في اداء بقية
الا ان الاولى ان يقفوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى ادائه لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال
انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم لو احضروه المواقف
كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطايف فان قلت هل التقييد بالاهلال بالرفقاء فايدة قلت
اختلف فيه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني كان ابو بكر الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال
الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد قال الله
تعالى وتعاونوا على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء قال رحمه الله
والمراة في جميع ذلك كالرجل المراة في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب يتناولهما بقوله تعالى ولله على
الناس حج البيت يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجل الا اشياء ذكرها في الكتاب
لا تكشف راسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق
ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخف والقفازين ولا تستلم
الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك معلوم في الكتاب وقوله ومن قلد
بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيدا قتله في احرام ماض او شيئا من الاشياء كبدنة المتعة
او القران وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم وهذا بناء على
ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شيء اخر اليها كتكبيرة الافتتاح
في الصلاة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار الاجابة دعاء ابراهيم عليه السلام لانه لا يفعله الا من يريد الحج والعمرة قيل قوله واظهار الاجابة
معطوف على اسم ان في ان سوق منصوبا وعلى محله ان قرئ مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى

التلبية واقول هو من تمام الاول وتقريره ان المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة
قد يكون بالفعل كما يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة تكون بلبيك وتارة بالمضي
والامتثال بين يديه فيصير باتيان السوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصايص الاحرام
فحصل الاجابة لبى او لم يلب وانما قال بدنة لان الغنم لا تقلد وهذا لان التقليد ليمنع
من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك
فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله فان قلدها وبعث بها ظاهر وكانت الصحابة رضي الله
عنهم مختلفين في هذه المسألة على ثلاثة اقاويل فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال
اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاخذنا بالمتيقن وقلنا
اذا ادركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة في هذه الحالة وقوله فاذا ادركها وساقها او
ادركها ردد بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق
ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين وقوله فقد اقترنت
نيته بعمل هو من خصايص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادركه ولم يسق وساق غيره
فلان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل وقوله الا في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر
محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لا بد من ذكره وهو ان في بدنة المتعة انما يصير محرما
بالتقليد والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج فان حصلا في غير اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك
الهدي ويسير معه هكذا في الرقيات لان تقليد هدي المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه
فعل من افعال المتعة وافعال المتعة قبل اشهر الحج لا يعتد به فيكون تطوعا وفي هدي التطوع
ما لم يدركه ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وقوله وجه القياس ما ذكرناه
يريد به قوله لم يوجد منه الا مجرد النية الى اخره ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ابتداء
احترازا عما وجب جزاء وقوله لانه يختص بمكة دليل كونه نسكا وقوله يجب شكرا للجمع بين النسكين
بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدي المتعة مختصا بمكة و
غيره قد يجب بالجناية بان اصاب صيدا قبل وصوله الى مكة وقوله فان جلل بدنة او اشعرها
التجليل الباس الجل واشعار البدنة اعلامها بشيء انها هدي من الشعار وهو العلامة وكلامه
واضح وقوله والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا يعني في موضع البدنة ولئن ثبتت تلك
الرواية التي رواها قلنا التعيين من حيث الحكم بالعطف لا يدل على الخلاف في الجنسية وكذا التخصيص
باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل
وميكال

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان
المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع فقدمه في الذكر اعلم ان المحرم على اربعة
انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك بعمرة ثم ياتي
بافعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحجة وعمرة ويأتي
بافعال العمرة ثم بافعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من ياتي بالعمرة في اشهر الحج وباكثر

طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا
والقران افضل هذه الاقسام عندنا وقال الشافعي الافراد بان يأتي بكل واحد من الحج والعمرة
باحرام على حدة افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى
فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران فيه وللشافعي حديث عائشة رضي الله عنها انما اجرك
على قدر نصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة اولى ولان في الافراد
زيادة الاحرام والسفر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية ويحلق
مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى ولنا ما رواه الطحاوي
في شرح الآثار انه صلى الله عليه وسلم قال يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان في القران جمعا بين العبادتين
وذلك افضل كما اذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله الغزاة بالليل
والصلاة فيه وقوله والتلبية غير محصورة جواب عن قوله ولان فيه زيادة التلبية وتقريره ان المفرد
كما يكرر التلبية مرة بعد اخرى وكذلك القارن فيجوز ان يقع تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد وقوله
والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود هو الحج والسفر وسيلة اليه فلا
يوجب عدمه نقصا في الحج وذلك لانه يتقدم على الاحرام فعدمه لا يوجب نقصا فيه وقوله والحلق
خروج عن العبادة يعني فلا يؤثر فيها يترجح به وقوله والمقصد بما روي يعني قوله عليه السلام القران
رخصة نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور اي من اسوء السيئات وليس المراد
بالرخصة ما هو المصطلح لان القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر الحج قبل الاسلام كانت
للحج فادخل الله تعالى العمرة في اشهر الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد
توسعة على الناس فسماه رخصة ويجوز ان يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كشطر الصلاة
في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا وقوله وللقران ذكر في القرآن جواب عن قول مالك لان المراد بقوله
وأتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل يعني في فصل المواقيت وقوله
ثم فيه اي في القران شروع في الترجيح بعد تمام الجواب فان قيل المأمور بالحج اذا قرن يصير مخالفا ولو كان
القران افضل لما كان مخالفا لانه اتى بالمأمور به مع زيادة واجيب بانه مأمور بصرف النفقة الى العبادة
تقع له على الخلوص وهي افراد الحج له وقد صرفها الى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل
ان يقول هل دخل في المأمور به نقص بالقران او لا فان كان الاول فليس القران افضل وان كان الثاني
لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه بانه دخل نقص والافضل القران الذي كان العبادتان فيه لشخص
واحد لان فيه الجمع بين النسكين حقيقة وقوله وقيل الاختلاف بيننا يعني ان النزاع لفظي
قال رحمه الله وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول
وقوله ولنا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط يعني يكون قارنا في هذه الصورة
ايضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته ان يحرم بعمرة فيطوف لها اقل من اربعة اشواط ثم
احرم بحجة ولو طاف لها اربعة يصير قارنا بالاجماع وقوله وان اخر ذكر العمرة في الدعاء
والتلبية بان يقول اللهم اني اريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة ولا بأس بذلك لان الواو للجمع ولكن تقديم

ذكرها

ذكرها فيهما جميعا اولى لان الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية ولانه
يبدأ بافعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها وقوله اعتبارا بالصلوات يعني ان الذكر باللسان لم يكن
شرطا فيها وانما الشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة هي فكذلك ههنا وقوله واذا دخل يعني القارن بيان
لكيفية العمل وقوله والقران في معنى المتعة يعني ان النص ورد بتقديم افعال العمرة على افعال
الحج والتمتع والقران في معناه لان في كل منهما جمعا بين النسكين في سفر فيكون واردا فيه ايضا
دلالة وقوله عندنا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يتحلل عنده بالذبح وقيل هذا ليس بمشهور
عن الشافعي وانما المشهور عنه انه يتحلل برمي جمرة العقبة وقوله ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن
بافعال العمرة وافعال الحج جميعا هو مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا
واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة فيكتفي بافعال الحج عن العمرة والا لا تكون
العمرة داخلة في الحج ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق
واحد وهذا بناء على ان الاحرام عنده من اركان الحج والركنان من عبادتين لا يتصور تأديتهما
في وقت واحد في حالة واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فيهما وحصل التداخل في الاحرام
يجب ان يكون في الطواف والسعي ايضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى
قوله فكذلك في الاركان اي في بقية الاركان وقوله ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وقوله
لانه لا تداخل في العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها عبادة وفيها التداخل واجيب بان المراد
العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك وبان التداخل فيها لرفع الحرج على خلاف القياس فلا
يقاس عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس في معناها في وجود الحرج وقوله والسفر للتوسل جواب عن
قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة الخ ولا يقال قوله والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل
وقع تكرارا في دليل الخصم وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في اوائل الباب مرة لانه ذكر هناك باعتبار
كون الافراد افضل وههنا باعتبار افراد الطواف والسعي فيحتاج الى الجواب عنه بالاعتبارين
ومثله من التكرار ليس بمنكر وقوله ومعنى ما رواه يعني قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج دخل
وقت العمرة لما ذكرنا انهم كانوا يعدونه من اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله وقت العمرة في وقت
الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء توسعة وقوله فان طاف طوافين لهما فظاهر وقوله والسعي
بتاخيره يعني ان تاخير سعي العمرة بالاشتغال بعمل آخر كالاكل والنوم وان كان نوما لا يوجب
الدم فكذلك الاشتغال بطواف التحية قال رحمه الله واذا رمى جمرة
العقبة واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران
لانه في معنى المتعة لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما
استيسر من الهدي ولهذا عين الذبح ههنا وقال في المفرد ثم يذبح ان احب والهدي من الابل
والبقر والغنم على ما نذكره في بابه واراد بالبدنة ههنا البعير وكان منجرا عما يقال انتم تقولون
البدنة تطلق على البعير والبقر فكيف قال ههنا بدنة او بقرة وتقريره غني لا ننكر جواز اطلاق

اطلاق البدنة على كل واحد من معينيه معروفًا وههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدى وهو اسم لما يهدى اى ينقل الى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال لله علىّ ان افعل كذا فعلىّ هدى ففعل كان عليه ما استيسر من الهدى وهو شاة فالجواب ان القياس ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة والبقرة بحديث جابر قال اشتركنا حين كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى البقرة سبعة وفى البدنة سبعة وفى الشاة واحد واما فى النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدى ليس بهدى عرفًا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلاثة ايام فى الحج اى فى وقته بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة كما ذكر فى الكتاب وسبعة اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص وان ورد فى التمتع ولكن القران فى معناه كما مرّ غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح كما عرف فى الاصول والجواب انه اذا لم يكن مختصًا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل لا مجاز الا بقرينة فما هى قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل وقوله ثلاثة ايام فى الحج فكان قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه فيه قيل فى فائدة الفذلكة نفى الاباحة التى تتوهم من كلمة الواو فى قوله وسبعة كما فى قولك جالس الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة فى وقوعها بدلًا من الهدى وكلامه واضح وقوله وقال الشافعى يصوم فيها قيل يعنى فى ايام التشريق دون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق وقوله ولنا النهى المشهور يعنى قوله عليه السلام الا لا تصوموا فى هذه الايام وقد تقدم وفى التعرض بلفظ المشهور اشارة الى الجواب عما قال النص يدل على شرعية الصوم فى هذه الايام بقوله فى الحج فلا يجوز تقييده بغير ايام التشريق بالخبر لانه نسخ للكتاب وتقرير الجواب ان الخبر مشهور فيجوز التقييد به وقوله او يدخلها النقص يعنى لو لم يقيد به فلا اقل من ان يورث نقصًا وما وجب كاملًا لا يتأدى ناقصًا فلا يتأدى فيها ولا يؤدى بعدها اى بعد ايام التشريق لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعًا لان القياس لا مدخل له فى معرفة المماثلة بين اراقة الدم والصوم والنص خصه بدلًا بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب اذا كان الاصل متصورًا وههنا ليس كذلك لانه ان قدر على الهدى لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسئلة الغموس والثانى ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى ايام النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم الثلاثة قبل يوم النحر وهو ايجاب غير معقول لانه فات بنفسه وبدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل عن الهدى اذا لم يجد بعدما احرم بالعمرة بالنص والاصل من حيث انه يتوقت بوقت معين ولو كان بدلًا من كل وجه كان كالمبدل فى الاطلاق جميع ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل فى الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى اصالته جاز بغير تصور الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية يلزم الهدى اذا قدر عليه قبل التحلل فى يوم النحر المقدم على الاصل قبل حصول

المقصود بالحلق واما وجوب الدم بعد مضى ايام النحر اذا لم يصم الثلاثة بناء على الاصل قيل لان الدم هو الاصل وليس مقيدًا بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدى غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه فى يوم النحر وفيما بعده وفيه بحث من وجهين احدهما ان ذبح هدى المتعة يتوقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص ولو لم يكن متوقتًا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثانى ان الدم واجبًا اذا فات صوم الثلاثة عن وقته فكيف عبر المصنف عنه بقوله وجواز الدم والجواب عن الاول ان هدى المتعة والقران يختص ذبحه بيوم النحر بدليل يقتضيه على ما سيأتى فى بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور فى الكتاب ما هو المعهود ان الشىء اذا وجب فى وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به ولم يسقط عن ذمته ويجوز ان يأتى به بعد ذلك فى اى وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتى به فى اى وقت قدر عليه وعن الثانى انه عبر عنه بالجواز نظرًا الى الصوم فانه لا يجوز فى يوم النحر وهذا جائز فيه وفى غيره فعبر عنه بالجواز هذا الذى سنح لى فى هذا الموضع والله اعلم بالصواب وقوله وعن عمر اعظم دلالة لايجاب الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر وقوله وذلك خلاف المشروع يعنى ان المشروع ان يكون الوقوف مرتبًا على افعال العمرة وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابى حنيفة انه يصير رافضًا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسًا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكره من الفرق بينهما وهو بيّن ووجه كونه منهيًا عنه ان الله تعالى امر بابتداء افعال العمرة بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر بالشىء يقتضى كراهة ضده ولا كراهة الا بالنهى وقال الشافعى لا يكون رافضًا للعمرة بناء على ان طواف العمرة يدخل فى طواف الحج عنده فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر فى وجوب الدم فعندنا يسقط عنه دم القران الذى هو نسك ويلزم عليه دم لرفض العمرة لان رفضه الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما فى الاحصار وعنده لا يجب عليه الدم ويقضيها لصحة الشروع فيها

باب التمتع

وجه تأخيره عن باب القران قد سبق هنالك وفضيلته وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرّف المصنف المتمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الخ واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من ترفق باداء نسكين والعمرة فى غير اشهر الحج فى سفر واحد ومن ترفق به فى اشهر الحج من عامين وهما ليسا بمتمتعين فكان الواجب ان يقول هو الترفق باداء النسكين فى اشهر الحج من عام واحد فى سفر واحد الى آخره والجواب ان ما ذكره المصنف هو تفسيره واما كون الترفق فى اشهر الحج من عام واحد فهو شرط وسنذكره والالمام هو النزول يقال ألمّ باهله اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاول عبارة عن النزول فى وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون فى المتمتع الذى لم يسق الهدى والثانى ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساق الهدى وقوله المامًا صحيحًا احتراز عن الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند ابى حنيفة وابى يوسف على ما يأتى وقوله ويحلق او يقصر قال شيخ الاسلام فى مبسوطه هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدًا او معقوصًا او مضفرًا واما اذا كان ملبدًا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالقص وذلك يتعين فتعين الحلق وقوله وهذا هو تفسير العمرة اى ليس لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها

الطواف وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف في الحج وقوله وتتم به اي تتم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت
ولان الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما يقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف
فكذلك هاهنا ولنا حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم
الحجر وقوله ولان المقصود هو الطواف بيانه ان هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان
كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند
افتتاح هذا الطواف بجامع ان كلا منهما اول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان
تقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتداء بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب
انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت بالنص
على خلاف القياس لما روي انه صلى الله عليه وسلم اردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي حتى
رمى جمرة العقبة قال رحمه الله ويقيم بمكة حلالا المتمتع اذا احل من عمرته
يقيم بمكة حلالا فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا فلو
احرم قبل يوم التروية فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة لانه اشق فكان
افضل وكذا لو احرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكر في الكتاب وقوله على ما بينا اراد به ما ذكره
في اخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل وقوله وفعل ما يفعل
الحاج المفرد يعني خلا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي
ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج قوله ولو كان هذا المتمتع
بعدما احرم بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى قبل ان يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا
يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار فيهما ثم الرمل هاهنا يسقط سواء رمل في طواف التحية او لم
يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل انما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي
هاهنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله
وسعيه فيه وقوله خلافا للشافعي فانه يقول لا يجوز صوم ثلاثة ايام حتى يحرم بالحج لقوله
تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل
به الى التمتع واداء المسبب بعد تحقق السبب جائز وقوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في القران ان
نفس الحج لا يصلح ان يكون ظرفا وقوله وهذا افضل يعني من متمتع لم يسق الهدي وقوله على ما روينا
يريد به قوله قالت عائشة كنت افتل قلائد هدي النبي صلى الله عليه وسلم وقوله لانه ذكر في الكتاب
يريد قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بالتقليد والتوجه على
ما سبق في فصل قبل القران والشروع في الاحرام بالتلبية اولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامه
والعمل بالاصل اولى عند الامكان لا محالة ثم السوق بالهدي افضل من القود لان النبي صلى الله عليه وسلم
سيقت هداياه اذا احرم بذي الحليفة بين يديه وقوله قالوا والاشبه يعني الى الصواب في الرواية
الايسر وذلك لان الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل بين كل بعيرين
من قبل الرؤوس وكان الرمح بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة اولا على يسار البعير ثم كان

يعطف

يعطف على يمينه وكان يشعر الاخر من قبل يمين البعير اتفاقا للاول لا قصدا اليه فصار الايسر الاصل والحق
بالاعتبار في الهدي اذا كان واحدا وقوله ولهما ان المقصود من التقليد ان لا تهاج اي لا تنفر
ولا تطرد عن الماء والكلأ او ترد اذا ضلت وانه في الاشعار اتم لانه الزم لان القلادة
قد تحل وقد يحتمل ان يسقط منها والاشعار لا يفارقها ابدا فمن هذا الوجه يكون سنة
الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة هي ان يصنع بالحيوان ما يصير به مثلة وقيل هي
ايلام ما وجب قتله او ابيح قتله فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه اي الاشعار مثلة وانه
اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض بين كونه مثلة وكونه سنة فالترجيح للمحرم فان قيل
النهي عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة الوداع والمتاخر ناسخ فاين التعارض اجيب
بان عمران بن الحصين روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان
الاشعار منسوخا فلا اقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط او للاحتراز عن تكرار
النسخ قوله واشعار النبي صلى الله عليه وسلم جواب عما قالا انه قد روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من امري ما استدبرت اي لو علمت اولا
ما علمت اخرا لما سقت الهدي وقصة ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه بان يفسخوا
احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلون
ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل حل او لا فاعتذر النبي صلى الله عليه وسلم وقال لو استقبلت
الى اخره وبين فيه ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل وقوله ويحرم بالحج ظاهر وقوله
على ما بينا اشارة الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة
الى اخره وقوله اذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج فان قيل
التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان
اذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان
الاحرام باقيا لوجب قيمتان كما قبل الوقوف اجيب بان احرام العمرة باق للتحليل لا غير لان التحلل
لا يتصور بدونه واما بالنسبة الى ما عداه فليس بباق لان الله تعالى جعل غاية احرام العمرة الحج والمغيا
له الغاية لا يبقى بعد وجودها الا لضرورة وهي بالنسبة الى التحليل لا غير فاذا كان كذلك لم تتوقع
الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجله شيء كاحرام المفرد بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى في حق سائر المحظورات
ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة وقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران اعلم ان اهل مكة ومن كان
داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند ابي حنيفة واصحابه وامامهم في ذلك علي وعبد الله بن عباس
وعبد الله بن عمر ولو تمتعوا جاز واساؤوا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي لهم التمتع والقران
ولكن لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل
بين افاقي وغيره فان قيل ذلك لمن لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي ان لا يكون
لاهل حاضري المسجد الحرام تمتع اجاب الشافعي بان ذلك اشارة الى الهدي المعلوم من قوله تعالى
فما استيسر من الهدي ولاجل هذا قلنا انه لا دم عليهم ولنا قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري

المسجد الحرام ووجهه ان موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكرتم من
الهدي قريب لا يصلح حقيقة له والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار اليه لان العمل
اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه فان قيل فما الجواب عن استدلاله
بالاطلاق قلت لا اطلاق ثم بل الكلمة من عامة خصصت بقوله ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام
وقوله ولان شرعهما دليل معقول لنا وتقريره شرع المتعة والقران لاجل الترفه باسقاط احدى
السفرتين وهو ظاهر والترفه بذلك في حق الافاقي لان غيره لا يشق عليه هذا السفر ليرتبح عن
بترفه واعترض بوجهين احدهما ان النص ان كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشيء
بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والثاني ان الله شرع القران والمتعة لنسخ ما كان عليه اهل الجاهلية
في تحريمهم العمرة في اشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة وحينئذ الاشارة الى ما ذكرتم بيانا في
ذلك واجيب عن الاول بان تخصيص الشيء بالذكر كما انه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على
ثبوته له ايضا والاصل فيه العدم فيبقى الى ان يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بان النسخ ثابت
عندنا في حق المكي ايضا حتى لو اعتمر في اشهر الحج جاز بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لانه لا
يلحقه متعة كما يلحق متعة الافاقي اذا جمع بين النسكين الى اهله وفيه نظر لانه يستدل به على
بطلان المتعة لا على عدم ادراك الفضيلة والصواب ان يقال لان متعتنا الافاقي ليصير عودة دم
دم جبر وقوله ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران هذا راجع
الى تفسير اهل حاضري المسجد الحرام فعندنا هم اهل مكة ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه
وبين مكة مسيرة سفر او لم يكن وعند الشافعي هم اهل مكة ومن حولها اذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة
سفر كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقوله بخلاف المكي متصل بقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني
ليس له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح بلا كراهة لان عمرته وحجته ميقاتيتان
فصار بمنزلة الافاقي قال المحبوبي هذا اذا خرج الى الكوفة قبل اشهر الحج واما اذا خرج بعدها فقد منع
من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات وانما خص القران بالذكر لانه اذا خرج المكي الى الكوفة واعتمر
لا يكون متمتعا على ما نذكره واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل
تمتعه باتفاق اصحابنا لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وقد تقدم تفسيره وبذلك يبطل
التمتع كذا روي عن ابن عباس وعدة من التابعين وهذا لان حد التمتع ليس كما دل عليه حيث ان
لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة وان ساق الهدي فالالمام
لا يكون صحيحا على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف المكي متصل بقوله واذا ساق الهدي فالالمام
لا يكون صحيحا يعني الافاقي اذا فعل ذلك لا يكون الالمام صحيحا بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم
بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه لان المراد بالعود هو
ما يكون عن الوطن الى الحرم او الى مكة وليس ههنا بموجود للكوفة في الحرم او في مكة فلا يتصور العود واذا
ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان لا يكون اذا لم يسق كان اولى وقوله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج ففيها
ثلاثة مذاهب ذهبان فعلى الحال اذا احرم بالعمرة قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا وان ادى الاعمال فيها

وقال مالك

وقال مالك هو متمتع وان لم يؤد فيها الا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا ان ادى اربعة
اشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه الاقوال فهو انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج لتقدم ركن
العمرة عليها وهو الاحرام ووجه قول مالك ان الجمع بينهما موجود باعتبار الاتمام وهو التحلل فيها
ولنا ما ذكر في الكتاب ان الاحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة والاعتبار
باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فيها اذا لم يعارضه نص فان ثلاثة ركعات
من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج
ما ذكرنا وقوله وهذا اشارة الى انه لم يكن متمتعا واراد بالنسك العمرة ومعناه ان نسك العمرة
يفسد لو جامع بعد ما طاف ثلاثة اشواط ولم يفسد بعد ما طاف اربعة اشواط فاذا طاف اربعة
اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كانه تحلل قبل اشهر الحج ولو تحلل قبلها
لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم
الاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع ولان الترفق انما يكون باداء الافعال والمتمتع
هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج فلا بد ان يوجد الافعال كلها او اكثرها فيها
حتى يكون متمتعا والجواب عن الاقوال يفهم من هذا لان الاحرام ليس من افعال العمرة بل هو من الشروط

قال رحمه الله واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة لما ذكر ان
المتمتع هو الذي يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج احتاج ان يبين اشهر فقال اشهر
الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت هل للتمتع اختصاص بذلك او القارن ايضا لا بد
له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت رواية في المحيط انه لا يشترط
لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة اي احرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في رمضان
كان قارنا ولكن لا هدي عليه قوله كذا روي عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر
وعبد الله بن عباس لانه ما كان يفهم في عرفهم من اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلاثة واما في عرف المحدثين
فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس
عبد الله بن مسعود منهم لانه كان تقدم موته ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة مع بقاء الوقت لا يتحقق
الفوات وفي هذا اشارة الى نفي قول مالك ان وقت الحج جميع الاشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير
استدلالا بقوله تعالى الحج اشهر معلومات واقل الجمع المتفق عليه ثلاثة وفائدة ذلك انما تظهر في حق جواز
تاخير طواف الزيارة الى آخر ذي الحجة فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة ايام فلا يكون
اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك ابي يوسف في غير ظاهر الرواية ولكنا نقول
فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت
بفواته لا لانه خرج وقت الحج الا ترى ان طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن
والركن لا يجوز ان يكون في غير وقته ولقائل ان يقول ان اعتبرتم الفوات يلزم ان لا يكون يوم النحر
من وقت الحج وان اعتبرتم اداء الاركان وجب ان يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف
الزيارة يجوز فيهما وحينئذ جاز ان يكون ذو الحجة الى آخره من وقته كما قال مالك والحق ان يقال المعول

في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين ان اشهر الحج شوال وذو القعدة
وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي
فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقته والجواب ان ذكر احد العددين من الليالي والايام
بلفظ الجمع يقتضي دخولها بازاء من العدد الاخر كما تقدم في الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك
لكن ما وجه دخول شوال وذي القعدة في وقته واداء الحج لا يصح فيهما اجيب بان بعض افعاله
يصح فيهما الا يرى ان الافاقي اذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا
السعي يكون السعي الواجب في الحج فانه لا يجب الا مرة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي
الواجب في الحج قوله وهذا اي ما روي عن العبادلة الثلاثة وما ذكرنا من المعقول يدل على ان المراد
من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين
من قال لفظ اشهر عام فيجوز ان يراد منه بعض وليس بشيء لان ما ينتهي اليه الخصوص اذا كان العام جمعا
الثلاثة ولان الخصوص انما يكون باخراج بعض افراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم من قال
اسم الجمع يشترك فيما وراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع التثنية
ورد بان ذلك عند عدم الالتباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملتبس واقول هو من باب ذكر الكل
وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا فلا بد له من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال الحج اشهر والحج
نفسه ليس باشهر فكان تقديره والله اعلم الحج في اشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض
مرادا وعينه ما روي عن العبادلة وغيرهم وقوله فان قدم الاحرام عليها اي على اشهر الحج جاز
احرامه عندنا وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده فلا يتقدم
قبل اوانه فان قيل المذكور في الكتاب يدل على انه لا يقع عن الحج والمدعى وقوعه احراما للعمرة فالجواب
ان الاحرام اذا وجد ولم يصلح ان يكون للحج ينصرف الى ما يصلح له صونا عن الالغاء لكن نوى صوم القضاء
من النهار فانه يكون شارعا في النفل وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت فان
قيل لو كان شرطا لما كره قبل اشهر الحج لكنه مكروه اجيب بان الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا
يقع في المحظور بطول الزمان وقوله ولان الاحرام تحريم اشياء اي يستلزم لتحريم قتل الصيد ولبس
المخيط وحلق الراس ونحو ذلك وايجاب اشياء كالرمي والسعي وامثالهما وذلك يصح في كل زمان
فصار كالتقديم على المكان يعني الميقات لا يقال هذا كله تعليل في مقابلة النص وهو ما روي انه
صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة وفي ذلك دلالة على انه ليس بشرط حيث
لم يصح تقديمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله قال رحمه الله
واذا قدم الكوفي بعمرة هذه المسئلة على اربعة اوجه الاول ما ذكره في الكتاب بقوله ثم اتخذ مكة
دارا يعني اقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني
ما ذكره ثانيا بقوله او البصرة دارا وحج من عامه ذلك وقال هو متمتع وهو ينصرف الى الوجهين جميعا
وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه والثالث هو ان يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج
من عامه ذلك وفيه ايضا متمتع ولم يذكره لان حكمه يعلم من الوجه الاول والرابع هو ان يخرج من مكة

ويتجاوز الميقات وعاد الى اهله ثم حج من عامه ذلك وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لانه الم باهله
المامًا صحيحًا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم وقوله اما الاول اي الوجه
الاول وانما صار فيه متمتعا لانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج من غير ان يلم باهله
المامًا صحيحًا ومثله متمتع واما الثاني فقيل بالاتفاق ذكر الجصاص انه لا يكون متمتعا على قول الكل
ذكره في المحيط وقول المصنف ملتبس لانه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون في كونه متمتعا
وفي كونه لا يكون متمتعا والثاني هو المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن ابي عصمة
سعد بن معاذ ان ما ذكر في الكتاب يعني الجامع الصغير قول ابي حنيفة وعلى قولهما لا يكون متمتعا
وهكذا ذكر الطحاوي لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لان
نسكيه ميقاتيان لانه بعدما جاوز الميقات حل له وعاد ويلزمه الاحرام من الميقات فكان
كالملم باهله ولابي حنيفة ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج
من الميقات حتى عاد وحج والحاصل ان الاصل عنده انه ما لم يتصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز
الميقات وعندهما ان من خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع
ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم فقال وجب دم التمتع وهو دم جبر
لكونه ثم شك ولهذا لا يحل له التناول منه نقصانا الى ايجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطا وقوله
فان قدم بعمرة اي باحرام عمرة فافسدها بان جامع امراته قبل اعمال العمرة وفرغ منها يعني مضى في
فاسدها وقصر فتحلل ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه ذلك
لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة يعني اذا كان خروجه الى البصرة في اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر الحج
واعتمر وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بالاتفاق كذا في النهاية ناقلا عن المبسوط لشيخ الاسلام
والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب وقوله
واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم تجزها عن المتعة لانها اتت بغير الواجب عليها اذ الواجب عليها
دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان اشترت بنية الاضحية فذلك
واجب اخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذلك الجواب في الرجل وانما خص المراة لان السائل كانت
امراة فوضعت المسئلة على ما وقع واما لان الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية في هذه
المتعة لا يكون الا عن جهل ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة
الذي كان واجبا عليها ودم اخر لانها قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت
واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة حين حاضت
بسرف وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي قال ما يبكيك لعلك نفست قالت
نعم فقال هذا شيء كتبه الله على بنات ادم دعي عنك العمرة او قال ارفضي عمرتك وانقضي راسك
وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير انك لا تطوفي بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعي
جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال ولكن فيما روى ابو داود في السنن باسناده
الى عائشة قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر فامر النبي صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان تغتسل

ويتجاوز

رتبهل دليل على ذلك ولان الطواف في المسجد والحايض منهية عن دخوله والوقوف في الغفانة وليست
بمنهية عنها فان قيل لا فائدة في هذا الاغتسال لانها لا تطهر بسبع قيام الحيض اجاب بقوله وهذا
الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا للنظافة وقوله ولا شيء عليها لطواف الصدر اي لترك
طواف الصدر لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر دون عايشة ان صفية
ابنة حيي حاضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم عقري حلقي انك لحابستنا اما كنت طفت يوم النحر قالت
بلى قال فلا باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف الصدر لا يجب بتركه شيء لان
الاصل ان كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة وعقري وحلقي فعلى عند المحدثين ومعناه عقر
جسدها واصابها في حلقها وجع وقوله ومن اتخذ مكة دارا ظاهر وقوله فعدها حل النفر الاول يعني
اليوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك كمن اصبح وهو
مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل ان يحل النفر الاول فلا يجب عليه
طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار وعلى قول ابي يوسف يسقط
عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعدما افتتح الطواف لان وقت الطواف باق بعدما
حل النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بالعارض المغير كالمراة حاضت في
وقت الصلاة لا يلزمها قضاء تلك الصلاة والله اعلم

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرمين بدا بما يعترضهم من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات
وهي جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بالمال او النفس ولكنهم اعني الفقهاء خصوها
بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال فسموه غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم ان
يفعله وانما جمع لبيان ان انواعها ههنا قوله واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن وصول شيء
له رايحة طيبة ببدن المحرم او بعضو منه فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه
شيء وذكر اولا ان تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل والتطيب
يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل ذلك بقوله فان طيب
عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وقوله فما زاد فصل في البين وقوله وذلك مثل الفخذ والراس و[illegible]
في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة فان العادة في استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل
فتتم به الجناية وفيما دونه في جنايته نقصان فيكتفى بالصدقة وقوله وفي تذكر الفرق بينهما هو قوله
لنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل الى آخره وقولنا لا في الموضعين يعني اذا طاف الزيارة جنبا
واذا جامع بعد الوقوف بعرفة وقوله الا ما عسى يقتل القملة والجرادة يعني ان التصدق فيهما غير مقدر
بنصف صاع بل يتصدق بما شاء وقوله عليه السلام الحناء طيب قاله حين نهى المعتدة ان تختضب
بالحناء وان صار ملبدا بان كان الحناء جامدا غير مايع فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية يعني
اذا غطاه يوما الى الليل فان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وكذا اذا غطى ربع الراس اما اذا كان
اقل من ذلك فعليه صدقة وقوله باعتبار انه يغلف راسه اي يغطيه والوسمة بكسر السين وهو افصح وسكونها
شجرة ورقها خضاب وقوله وهذا اي تاويل ابي يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الراس يوجب

الجزاء وقوله ثم ذكر في الاصل يعني في مسالة الحناء راسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير
على ذكر الراس خاصة وفي ذلك دلالة على ان كل واحد منهما مضمون وقوله وان ادهن بزيت
يعني بزيت خالص اما المطيب بغيره فيجيء ذكره فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه
ظاهر وقوله انه اصل الطيب فان الروايح تلقى فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد في
الاصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله وهذا الخلاف في الزيت البحت اي الخالص والحل
اي دهن السمسم اما المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر دهن
الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا
اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحا او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهذا ظاهر
وقوله بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه كالعنبر والكافور لانها طيب بنفسها فيجب
الدم باستعماله وان كان على وجه التداوي وقوله وان لبس ثوبا مخيطا كمل الليلة ايضا كذلك
قوله ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك قال الله تعالى سرابيل تقيكم
الحر وهذا المعنى قد يتم فيكون الارتفاق كاملا وقد ينقص فيكون ناقصا فلا بد من حد فاصل
بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء بحسب ذلك فيقدر باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم
ينزع عادة فان من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه
بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه فتنقص
الارتفاق فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل لان المرء قد يرجع الى بيته قبل
الليل فينزع ثيابه التي لبس للتلبس فكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا مقصودا لكن هذا غير
مضبوط فان احوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى
وبعضهم قبله وبعضهم بعده فكان الظاهر هو الاول وقوله ولو ارتدى بالقميص او اتشح به الى آخره
هو ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر هو يقول القباء
مخيط فاذا ادخل فيه منكبيه صار لابسا للمخيط فان القباء يلبس هكذا عادة وقلنا ما لبس
لبس القباء ولان العادة في ذلك الضم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه ماخوذ من القبو
وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه وعلى هذا لو زره ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا
لانه لا يتكلف اذ ذاك في حفظه واما اعادة قوله في التقدير في تغطية الراس ليبني عليها الفروع وقوله
ما بينا هو ما قال او غطى راسه يوما كاملا وقوله وخلاف انه اذا غطى راسه ظاهر وقوله عادة
بعض الناس كالاتراك والاكراد فانهم يغطون رؤوسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك ارتفاقا
كاملا وعن ابي حنيفة انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا بالحقيقة اي حقيقة الكثرة وحقيقتها انما
يثبت اذا قابلها اقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة وقوله واذا حلق ربع راسه ظاهر
وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم فان الراس اسم للكل
وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلاث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق
باسم الجنس يتادى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل

لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة
والزينة والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم وتتقاصر فيما دونه وفي قوله فتتكامل به الجناية
اشارة الى دفع قول مالك فانه قال اذا حلق كل الرأس تتكامل الجناية فاشار الى ان الجناية تتكامل
بالبعض ايضا وفي قوله وتتقاصر فيما دونه اشارة الى دفع قول الشافعي فانه يجب الجزاء بالقليل
فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف يوجب الدم واما حلق اللحية فهو متعارف فان
الاكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم وكذا الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد
بالعراق وارض العرب وكان مقصودا بالارتفاق كحلق الرأس فالحق به احتياطا لايجاب الكفارة
في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالاعذار بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير
مقصود اذ العادة في التطييب لم تثبت في الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في التطييب
كالربع في الحلق في حق الكفارة وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق
وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة
فاشبه العانة قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب ان يجب بحلقهما
دمان واجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد الا ترى انه اذا
زال شعر جميع بدنه بالتنور لم يلزمه الا دم واحد ذكر في الابطين الحلق هاهنا يعني في الجامع الصغير
وفي الاصل اي المبسوط النتف وهو السنة بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث
عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا
فعليه دم قيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة لا انه خلافهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة
عنهما وقوله اراد به اي بقوله عضوا الصدر والساق وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان
قيل الجناية بالحلق انما تتكامل اذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك قلت هذا الذي
ذكرت هو ما ذكر في المبسوط فقال بعدما ذكر حلق الرأس ثم الاصل بعد هذا انه متى حلق عضوا مقصودا
بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة ثم قال وما
ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير
لان النبي عليه السلام تنور كان الحلق مقصودا بالتنور اي ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة في ازالة الشعر
بين الحلق والنتف والتنور فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة وقوله فان
اخذ من شاربه ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب
دون اللحية فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه واجيب بانه مع اللحية في الحقيقة عضو
واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم اعضاء متفرقة كالرأس فان من العلوية من عادته
حلق مقدم الرأس وذلك لا يدل على ان كله ليس بعضو واحد وقوله يدل على انه هو السنة دون
الحلق هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عشر
من فطرتي وفطرة ابرهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب وقوله حتى يوازي الاطار قال
في المغرب اطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من اطار المنخل والدف قال

وان حلق

وان حلق موضع المحاجم فعليه دم المراد بالمحاجم هاهنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر لفظ الموضع
فلا يصح ان يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة ففيه
اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان واجيب بانه لم يقل بان حلقه مقصود
لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما
بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره وقوله عن عضو كامل يعني لان هذا
الموضع في حق الحجامة عضو كامل وقوله وان حلق يعني المحرم رأس محرم بامره او بغير امره الحالق
والمحلوق رأسه اما ان يكونا حلالين او محرمين او الحالق حلالا والمحلوق محرما او بالعكس من ذلك فالاول
لا كلام فيه والثاني على الحالق فيه الصدقة حلق بامر المحلوق او بغير امره خلافا للشافعي فيهما فانه
يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق
اذا كان بغير امره بان كان نائما لانه من اصله ان الاكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم
ابلغ منه لان القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان
من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول المحظور الاحرام يوجب الجزاء سواء
كان في بدنه او في غير بدنه كما في نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية
في شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق رأسه تقرر السبب الموجب وهو نيل
الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يصلحان مانعين لان المأثم ينتفي بهما دون الحكم
قيل ذكر المصنف هاهنا ان بحلق الشعر تحصل الزينة فتجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب
ان في شعر الرأس الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال هو الزينة واجيب بانه
جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل
واذا كان كذا فاختلفت الجهة فزال التناقض وقوله بخلاف المضطر متصل بقوله حتما اي بخلاف المحرم المضطر
الحالق رأسه فانه اذا حلقه يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء
صام ثلاثة ايام لان الآفة هناك سماوية وفي صورة النزاع من العباد ثم المحلوق رأسه لا يرجع على
الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة فكانه اخذ
هذا القدر من ماله وقلنا الدم انما يلزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر لا يرجع على
الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع وقوله وكذا اذا كان الحالق حلالا هو الوجه الثالث
من الاقسام العقلية وليس فيه على الحالق شيء بالاتفاق وفي المحلوق الخلاف المذكور وقوله في مسألتنا
اراد به ما اذا كان الحالق محرما وقوله في الوجهين اراد به ما اذا كان بامره وبغير امره وقوله فان اخذ يعني
المحرم من شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا يعني قوله ان ازالة ما ينمو من
بدن الانسان من محظورات الاحرام وقوله ولا يعرى عن نوع ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي
حلق رأس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما لا يجب في الالباس
عليه شيء فكذلك هاهنا وذلك لان في الحلق واخذ الشارب ارتفاقا له لان الانسان يتأذى بتفث غيره
وليس في الباس المخيط ذلك لكن التأذي بتفث غيره اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام

قوله وان قص اى المحرم اظافير يديه ورجليه ظاهر وقوله لان الجناية من نوع واحد يعني تسمية
ومعنى اما تسمية فلان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث القص وهو شئ واحد
وقوله لان مبناها على التداخل يعني ان المحرم اذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وان كانت الجناية
في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك فاشبه كفارة الفطر وهذا يقول لان كفارة الاحرام
معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطى والناسى والمضطر
وبالنظر الى ذلك لا تداخل فقلنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود
واحد والمحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود لوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلف المجالس
فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس
واحد لا تتعدد الكفارة كما اذا حلق راسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة لذلك فالجواب
ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا اختلافهما فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة
واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ومتى اتحد المقصود واختلف
المحال فان اتحد المجلس يتقوى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ومتى اختلف المجلس يتقوى جانب
الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس
ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الراس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل
النزاع لان المحال فيه مختلف ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة ولم
يختلف الحال في اتحاد الجزاء سواء كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت
فيما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة واحدة وقد تقدم
ان الحلق مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك قوله وان قص يدا او رجلا ظاهر
وقوله وجب المذكور في الكتاب اى الصدقة وان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وكل ما هو كذلك
لا يقام الاكثر مقامه اما انها اقل ما يجب الدم بقلمه فلانا انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي
ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد اشار المصنف الى التعليل
بقوله وقد اقمناها مقام الكل وهو في موضع الحال اى انها اقل ما يجب الدم بقلمه حال كونها قائمة
مقام الكل ففيها شبهة الكلية الحاضرة ما ذكرنا واما ان كل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه فلانه
لو لم يؤد الى ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة ثم الظفر والنصف
مقام الظفر ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم والمراد بقوله الى ما لا يتناهى
الى ما يتعسر اعتباره لان الجسم عند اهل السنة والجماعة ينتهي الى الجزء الذي لا يتجزى فلا بد له من تاويل
وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالجر صفة للمعدود كما في قوله تعالى سبع بقرات
سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا
بما لو قصها من كف واحد وجه ما مر انه قص خمسة ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من
يد ورجل وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما يجب عند تكامل الجناية
بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لانه مما يتالم منه ويتاذى ويشينه ذلك بخلاف

الحلق لانه معتاد فان من ياخذ شيئا من مقدم راسه شيئا من مؤخره فانا حول الجميع يصير مقدار
الربع واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم
الكثير من خمسة متفرقة الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا
من كل عضو اربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء وقوله
وان انكسر ظفر المحرم ظاهر وقوله والاية نزلت في المعذور قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون
الجيم مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال
اتؤذيك هوام راسك فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما
الصيام يا رسول الله فقال ثلاثة ايام كما ذكر في الكتاب ولولا تفسيره صلى الله عليه وسلم لقدرناه
بستة ايام لانه لما تقدر الطعام بستة مساكين كان القياس ان يكون الصوم ستة ايام والحكم في كل ما
اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم لذلك يجب عليه احد الاشياء المذكورة وقوله
وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه يقول لا يجزيه الطعام الا في الحرم لان المقصود به
الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه عبادة في كل مكان وقوله
واما النسك يقال نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه ثم قالوا الكل عبادة نسك ومنه قوله
تعالى قل ان صلاتي ونسكي والمراد به ههنا الهدي الذي يذبح في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من
محظورات الاحرام كالطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة
لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة والقران في ايام النحر او في مكان كما في جزاء الكفارة
قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة وهذا الدم لا يختص بزمان
فتعين اختصاصه بالمكان وهو الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير لانه تلويث الحرم
انما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح فعليه ان يتصدق باللحم على فقراء الحرم وغيرهم عندنا وقوله
ولو اختار الطعام اجزاه ظاهر ابو يوسف نظر الى كفارة اليمين في القرآن فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو
يفيد الاباحة والى تفسير النبي عليه الصلاة والسلام للاية فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد نظر
الى قوله او صدقة فانها تنبئ عن التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة

فصل في جناية الطيب وغيرها بجناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس
كالوسيلة للجماع والوسائل متقدمة ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه فان
نظر المحرم الى فرج امراته اى الداخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها
متكية بشهوة فامنى اى انزل المني لا شئ عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضاء الشهوة
على سبيل الاجتماع صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال ولم يوجد ذلك فصار كما لو تفكر
فامنى فانه لا يجب عليه شئ لما قلنا فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم سواء انزل او لم ينزل على رواية
الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال واذا مس بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية
الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة فان المراد
بالفرج القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرناه وروي عن ... انه اذا انزل فسد احرامه في جميع ذلك

يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج واعتبر ذلك بالصوم فانه انما يفسد
بهذه الاشيا اذا انزل لانه مواقعة معنىً ولنا على ان الاحرام لا يفسد وان لا انزال ليس بشرط لوجوب
الكفارة بهذه الصور ان فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره من المحظورات بالاجماع
وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا ان فيه الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور
الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحقة به فيلزمه الدم وقوله بخلاف الصوم جواب عن اعتباره
بالصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة حيث كان وركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الانزال فيما دون
الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج
باداء افعاله كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امراته
وهما محرمان بالحج قال يريقان دمًا ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق في ذلك بين ان يكون
عاملًا او ناسيًا او هي نائمة او مكرهة وهكذا يعني مثل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نقل عن جماعة
من الصحابة وقال الشافعي تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية والحجة عليه اطلاق
ما روينا وهو قوله عليه السلام يريقان دمًا وذكره مطلقًا يتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق
ينصرف الى الكامل والجزور كامل فينصرف اليه فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن هناك مانع
وهو هيهنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سببًا للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك
المصلحة الفائتة بالقضاء فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة
وهو خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء فكانت
البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المصنف بقوله ولان القضاء لما وجب لم تاخذه
وعن ابي حنيفة ان في غير القبل منهما اي من السبيلين وقيل من المراة والرجل لا يفسد لتقاصر معنى
الوطي ولهذا لم يوجبا الحد ولا يجب المهر بالجماع في دبر نفسه لانه كامل من حيث انه ارتفاق
وعندهما يفسد لانه يوجب الحد قوله وليس عليه ان يفارق امراته الاصل فيه ان الصحابة قالوا اذا
رجعا الى القضاء يفترقان معناه يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه فالك لفظ
هذا اللفظ فقال لهما اذا خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا وقال زفر يفترقان من وقت الاحرام
لان الافتراق نسك بقول الصحابة ووقت اداء النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشيء لان القضاء
حكيًا لاداء فما لم يكن نسكًا في الاداء لا يكون نسكًا في القضاء وقال الشافعي اذا قربا من المكان الذي
جامعها فيه يفترقان لانهما لا يامنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها
والمصنف ذكر دليلنا على وجه هو دافع لاقوالهم وهو واضح ونقول مراد الصحابة انهما يفترقان
على سبيل الندب ان خافا على انفسهما الفتنة كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة
الصوم اذا كان لا يامن على نفسه ما سواه ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه
بدنة خلافًا للشافعي فيما اذا جامع قبل رمي جمرة العقبة فان حجه يفسد لان احرامه قبل الرمي
مطلق اي كامل بحيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق مفسد للحج كما
اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمي لانه قد حل او ان التحلل وحصل له الحلق الذي كان حرامًا على

المحرم وقوله لقوله عليه السلام دليلنا ووجه ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة
فقد تم حجه وليس المراد به التمام من حيث اداء الافعال بالاتفاق لبقاء بعض الاركان
فكان المراد به التمام من حيث انه يامن الفساد بعده لتاكد حجه بالوقوف الا ترى انه يامن الفوات
بعد الوقوف فكما يثبت حكم التاكد في الامن عن الفوات كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل
لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشيء بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء الجناية فقوله
وانما تجب البدنة لقول ابن عباس وهو ما روي عنه انه قال اذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد
نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة وروي انه قال لا تجب البدنة
في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبًا ولم نعرف
له مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا مدخل للراي فيه فكان مسموعًا وقوله ولانه قيل انما
ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس غير مشهور فاتى بما يكون متمسكًا باحدهما وفيه نظر لان
المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله اتى باحد الجائزين
فلا يسال عن لميته وتقريره الجماع اعلى الارتفاقات لوقوعه لذاته وكل ما كان كذلك يتغلظ
موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب مقتضى الحكمة وان جامع بعد الحلق فعليه شاة
ظاهر وقوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية على احرام العمرة وهو واضح لكن يتوهم منه تفضيل
نقصان طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعدما طاف لطواف الزيارة اربعة اشواط
لم يجب عليه شيء وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب واجيب بان ذلك ليس
من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في
الترتيب انما يوتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير فغاية ما في الباب ان حكمه تاخر في حق النساء
لمعنى وهو وقوع الركن في الاحرام فقام الاكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل
التحلل فكان ارتكابًا لمحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة
وجامع بعدما طاف لها اربعة اشواط وجب عليه دم كما في طواف العمرة لذلك وقوله وقال
الشافعي تفسد في الوجهين اي فيما اذا جامع قبل ان يطوف اربعة اشواط وبعده لانهما سيان
في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة كالحج وقوله وقال الشافعي جماع الناسي غير
مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل ليتناول العمرة جعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في
الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بناء على ان الاكراه لما ابان الاقدام واعدم اصل الفعل
مع كونه قاصدًا كان النوم اولى لانتفاء القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد
باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقًا مخصوصًا وهو ان يكون بعين الجماع لقوله تعالى
فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج والرفث اسم للجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس
في معنى الصوم لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له فصل
لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة
قوله ومن طاف طواف القدوم محدثًا طواف القدوم محدثًا معتد به عندنا وعليه صدقة وقال

وقال الشافعي لا يعتد به ولا يجبر بشيء لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة ووجه الاستدلال
انه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من المشابهة لان ذات الطواف هو
الدوران مما ينتفي به ذات الصلاة فيكون المراد انه كحكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون
الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ووجه الاستدلال انه تعالى امر بالطواف وهو
الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا بالآية ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد
لانه نسخ ثم قيل هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها
يجب بتركها الجابر وهو اما الدم على ما قاله بعض مشايخ العراق او الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو
مروي عن محمد وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت
الوجوب دون الفرضية وقوله فاذا شرع فهذا الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها
سنة وذلك لان الشروع في النفل ملزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا ويدخله نقص
بترك الطهارة فينجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف
الزيادة وفيه بحث من وجهين احدهما ان دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة في حيز
النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني انه منقوض بالصلاة النافلة فانه اذا دخلها نقص ينجبر
بسجدة السهو كما ينجبر الفرض بها ولم تظهر دنو مرتبة النفل عن مرتبة الفرض فليكن هذا
ايضا كذلك والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب نقصا وينجبر بالكفارة الا ترى ان من افاض
من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر
في الصلاة نوعا واحدا فلا يصار الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فامكن المصير الى ما يتبين به
رتبة الفرض عن النفل وهذا كله على رواية القدوري اختارها المصنف واما على ما ذكره الطحاوي
وشيخ الاسلام انه اذا طاف طواف التحية محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكذا
اذا اتى به محدثا فلا يحتاج الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيادة محدثا فعليه شاة
لانه ادخل النقص في الركن وادخال النقص في الركن افحش من ادخاله على الواجب وان كان جنبا
فعليه بدنة وكلامه ظاهر وقوله لان الاكثر الشيء حكم الكل يعترض عليه بالمقدرات الشرعية
كالصوم والصلاة ونحوهما فان الاكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيده
ههنا بيانا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس ذلك الا باقامة
الاكثر مقام الكل فان الحج له فروض ثلاثة شرط وركنان وعند ما وقف فقد حصل منها اثنان
وهو الشرط اعني الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك وقوله
والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة وجه ذلك ان فيه تحصيل الجبر بما هو من جنسه فكان
افضل وقوله وفي بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط وقوله ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة
وقوله وان اعاده بعد ايام النحر فهذه للوصل وقوله لا ذبح عليه بناء على ان الطواف الاول وان
كان بغير طهارة معتد به والا لزم الدم على قول ابي حنيفة بالتاخير فاذا كان معتدا به متنقصا
وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئا وقوله وان اعاده

وقد طاف

وقد طاف جنبا ظاهر وقوله وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم الا الشاة لان البدنة سقطت
بالاعادة بالاتفاق وانما هذا دم يلزمه على قول ابي حنيفة لتاخير الطواف عن ايام النحر
على ما عرف من مذهبه ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا الذي ذكره انما هو على
اختيار ابي بكر الرازي فان المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني وان
الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما لزم دم التاخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف
ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني جابرا للنقصان
المتمكن فيه فان قيل فما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في
اشهر الحج وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا قاله محمد في الكتاب ولو كان المعتد به هو الثاني
لكان متمتعا اجيب بان المعتمر لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا امن
فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل بالطواف الاول فيكون هو المعتد به
اجيب بان الاول مراعى الحكم لتفاحش النقصان فيه فان اعاده انفسخ الاول واعتد بالثاني
والا لكان هو المعتد به في التحلل وقوله ولو رجع الى اهله ظاهر وقوله الا ان الافضل هو العود
لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف وقوله لان النقصان بترك الاقل يسير انما
كان كذلك لان جانب الوجود راجح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه خف معنى النقصان
وفيه نفع الفقراء وقوله ومن ترك اربعة اشواط يعني من طواف الصدر وقوله ومن ترك
ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة يعني لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من
طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة ههنا هو ان يكون لكل شوط منه
نصف صاع من حنطة والحاصل ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب
الشاة واذا كان في اكثره شاة فلا بد ان يكون في اقله صدقة قال رحمه الله
ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ما ذكر من المسئلتين والفرق بينهما واضح وفائدة نقل
طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه وههنا اصل وهو ان كل من وجب عليه طواف
ويأتي به في وقته وقع عنه سواء نواه او لم ينوه او نوى به طوافا آخر والمحرم اذا دخل مكة فطاف
ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم
وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع او طوافا آخر وانما كان
كذلك لان الاحرام قد انعقد لادائه فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم تتغير به نيته كما في سجدة
ينوي به تطوعا لم يتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه وقوله على ما بينا اشارة الى قوله
ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه دم شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة وقوله
ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء واضح وقوله واما السعي يعني انما يعيد السعي وان لم يفتقر الى
الطهارة لعدم ورود ما ورد في الطواف من النص فيكون تابعا للطواف لانه لا يعمل قربة بدون الطواف
وقوله وليس عليه في السعي شيء معطوف على قوله فعليه دم وقوله واذا اعاد الطواف ولم يعد السعي
يعني ليس عليه شيء وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعض المشايخ اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي

كان عليه دم لانه لما اعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول واذا انتقض ذلك حصل السعي قبل
الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه دم ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي والامام المحبوبي والمصنف ان الطهارة ليست بشرط في السعي وانما الشرط فيه ان يكون
على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل
المقصود فان اعاد تبعاً للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه وقوله ومن ترك السعي ظاهر وقوله
ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية ان يقال ومن افاض
قبل غروب الشمس فعليه دم لان المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس واقول قوله هذا يستلزم
ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا تكون الا قبل الغروب
لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلاً متصل
بقوله ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة فان قيل قوله عليه السلام من وقف بعرفة بليل او نهار
فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الامتداد شرطاً لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطاً في النهار
دون الليل قلت ترك ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل
على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن
ابي حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب عليه الافاضة بعد الغروب وقد اتى به
فكان كمن جاوز الميقات حلالاً ثم عاد الى الميقات واحرم ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المتروك
لا يصير مستدركاً ومعناه ان المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده
وحده واذا عاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فمنهم من قال لا يسقط
عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكنه تداركها فبقي عليه الدم ومنهم من قال يسقط
لانه استدرك سنة الدفع مع الامام قال رحمه الله ومن ترك الوقوف بالمزدلفة
قد تقدم ان الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركها يجب عليه الدم ولكن اذا ترك
رمي الجمار في الايام كلها وهي اربعة نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم
واحد وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات وان كانت جنساً واحداً لكن في مجالس
مختلفة فكان كمن قص اظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه ما في الكتاب ما ذكره
فيه بقوله لان الجنس متحد وكل ما كان كذلك لا تتعدد فيه الكفارة كما في الحلق فانه ان حلق شعر البدن
كله يلزمه دم واحد وان كان يلزمه لو اقتصر على حلق الرأس او ربعه وقوله والترك انما يتحقق بغروب
الشمس من آخر ايام الرمي جواب عما قال ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة ووجه ذلك ان ايام الرمي
كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس لانه لم يفت فربما لا فيها على خلاف القياس فلا يتحقق
الترك ما دام فيها كالتضحية في ايام النحر فيرميها على التاليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت الايام باقية
بخلاف قص الاظافير فان تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس ثم بتأخيرها عن هذه
الايام يجب الدم وهو شاة عند ابي حنيفة خلافاً لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك
تام فان قيل هذا بظاهره يدل على انه اذا ترك النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك

فانه يتخير بين الاقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم اجيب بان التخيير قبل طلوع
الفجر من اليوم الرابع فاما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه الدم فكان
كالتطوع يتخير فيه قبل الشروع ويجب بعده قوله ومن ترك رمي احدى الجمار ومبناه على ان ما
كان نسك يوم فتركه يوجب الدم وما كان بعضاً لا اقل فتركه يوجب الصدقة فعلى هذا ترك جمرة
العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في ايام النحر
فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند ابي حنيفة وقوله فكان المتروك
اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك حينئذ سبع حصيات والمؤتى بها اربع عشرة
حصاة وقوله الا ان يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي
احدى الجمار اي لكن اذا ترك اكثر من رمي احدى الجمار وبلغ المتروك اكثر من النصف مثل ان يترك
احدى عشرة حصاة ويرمي عشر حصيات فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر والاكثر يقوم
مقام الكل وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رمياً نصب رمياً على التمييز لانه ذبح وظائف غيره كالذبح
والحلق والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي وقوله وكذا اذا ترك
الاكثر منها اي من جمرة العقبة وقوله الا ان يبلغ دماً استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف
صاع يعني اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ ينقص من الدم ما شاء حتى لا يلزم التسوية
بين الاقل والاكثر وقوله لان المتروك هو الاقل دليل قوله تصدق قال رحمه الله ومن
اخر الحلق حتى مضت ايام النحر هذا بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة يوجب الدم بالتاخير خلافاً لهما وقوله
وكذا الخلاف في تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم الثاني
الى الثالث او من الثالث الى الرابع وقوله وفي تقديم نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك
كالحلق قبل الرمي سواء كان مفرداً او غيره ونحر القارن او المتمتع قبل الرمي وحلق القارن والمتمتع
قبل الذبح وانما خص القارن بذلك لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي او حلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه لان تاخير
النسك لا يتحقق في حقه هنا لكون الذبح غير واجب عليه فان قيل تقديم نسك على نسك يستلزم تاخير
نسك على نسك فكان في كلامه تكرار فالجواب انه اراد بالتاخير ما يكون بحسب الايام وبالتقديم ما يكون
بحسب الاوقات في يوم واحد فلا تكرار لهما انه ما فات مستدرك بالقضاء وهو ظاهر وكل ما هو مستدرك
بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في احكام الشرع ولابي حنيفة حديث ابن مسعود قال من قدم
نسكاً على نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه
وسلم وقف للناس بمنى يسألونه فجاء رجل وقال نحرت قبل الرمي فقال عليه السلام افعل ولا حرج
فما سئل عليه السلام عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على ان لا شيء في
التقديم والتاخير فالجواب انه متروك الظاهر لانه يدل على ترك القضاء ايضاً ويجوز ان يكون السائل
مفرداً وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئاً كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر يجوز ان يكون مما ليس
بموقت فلا يوجب التاخير فيه شيئاً سلمناه ولكن يكون معارضاً بما روينا من حديث ابن مسعود
وقيل الصحيح ان رواية ابن عباس فيصار الى ما بعدهما والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله

ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فان الحاج اذا جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم وجب عليه الدم فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان يجامع تمكن نقصان التاخير فيهما فان قيل معهما ايضا قياس وهو القياس على سائرها يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض فالجواب ان قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن العهدة بيقين وقوله وان حلق في ايام النحر ظاهر قال المصنف ذكر محمد في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر انه لا شيء عليه ولم يذكره في الحاج اذا حلق خارج الحرم فقيل انما لم يذكره لانه بالاتفاق في وجوب الدم لان السنة جرت في الحج بان يكون الحلق بمنى وهو من الحرم فبتركه يلزم الجابر والاصح انه على الاختلاف فعندهما يجب الدم وعند ابي يوسف لا يجب شيء ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله فالحاصل ان الحلق يعني في الحج يتوقت بالزمان والمكان اي بيوم النحر والحرم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يتوقت وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وانما قلنا يعني في الحج لان الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان موقتا بهما كان كالوقوف فينبغي ان لا يعتد به اذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة او طاف بغير البيت فالجواب ان محل الفعل هو الراس دون الحرم ولكنه جان بالتاخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فان محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما تبدل المحل فلا يجوز ووجه قول ابي حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولهما ان الحلق لما جعل محللا الى اخره واما على اختصاصه بالزمان فلان الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يتوقت بالزمان كالطواف ووجه قول ابي يوسف اما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم الى اخره واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو ان الحلق الذي هو نسك في اوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ولو اراد ان يجعله دليلا للشقين قلت فكما ان ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ولو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد وقع فجوابه كذلك انفا ووجه قول محمد اما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما ان للحلق الى اخره واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل ابي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر ان التحلل عن الاحرام معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم احرام الحج على اشهره دون المكان حتى جاز ان يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو اخر عن ايام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لا يلزمه شيء وقوله وهذا الخلاف فيما ذكرنا بينه على انا في التوقيت انما هو في حق التضمين بالدم واما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق وقوله لانه اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بالزمان وفيه نظر لانها في ايام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهيتها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار انه مشغول بافعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما اخل بشيء من افعاله فكرهت لذلك وقوله على ان المكان لانه موقت به متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه موقت

عند ابی

عند ابي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الاصح ويجوز ان يكون متصلا بقوله ان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان بخلاف المكان لانه اي اصل العمرة موقت به فلا حاجة الى تاويل وان لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التاخير عند ابي حنيفة وقوله فان حلق القارن قبل ان يذبح يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه اكثر روايات الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح عليه دم للقران ودم اخر للحلق قبل ان يذبح يعني على قول ابي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لانه قال دم للحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير الى انهما دما جناية ولم يذكر دم القران وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول يعني الذي يجب بالحلق في غير اوانه لانه لم يذكر اولا سواه ولم يذكر ايضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعا الى ان قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح فكانه سهو وقع منه او من الكاتب ولا عيب في السهو على الانسان فان قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم اخر بسبب الجناية على الاحرام لان الحلق لا يحل الا بعد الذبح واجب ايضا اجماعا ودم اخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير الذبح عن الحلق فيجوز ان يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين وانما ذكر الاخير واشار اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت يأباه قوله فيما تقدم وقالا لا شيء عليه في الوجهين فانه يصرح بانهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة اصلا على انه مخالف لما هو الاصل في وضع هذه المسئلة وهو الجامع الصغير لمحمد فان قيل فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لان جناية القارن مضمونة بدمين وهو اعتراض الامام المحبوبي فالجواب ان ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن

فصل لما كان الجناية على الاحرام في الصيد نوعا اخر فصل عما قبله في فصل على حدة الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش باصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش في اصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستانس ويخرج الابل المتوحشة لان الاستيناس في الاول والتوحش في الثاني عارض لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء والاعتبار للمولد لانه الاصل فالبط والاوز بري لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم

وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الاية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم اى
بين عدم دخولها فى الاية لان حقيقة الاستثناء لا يتصور ولكنه لما كان عندنا انه لبيان انه
لم يدخل استعارة له للخمس الفواسق وهى الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب
على ما ذكر فى الكتاب وهى ستة وسميت العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل
لخروجهن من الحرمة لانها تبتدئ بالاذى ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ولا فرق
فى الصيد بين المملوك والمباح والماكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله قال رحمه الله
واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلما ذكره فى
الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلى القسمة العقلية اربعة اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين
او محرمين او الدال حلالا والمدلول محرما او بالعكس من ذلك والاول ليس مما نحن فيه والثانى
على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا وفى الثالث على المدلول الجزاء دون الدال لذلك وفى الرابع
عكسه وقال الشافعى لا شئ على الدال اصلا لان الجزاء يتعلق بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فاشبه
دلالة الحلال حلالا وقوله حلالا ليس بقيد فان المدلول اذا كان محرما فالحكم كذلك ولنا ما روينا من
حديث ابى قتادة هل دللتم عليه هل اشرتم اليه على ما تقدم فى باب الاحرام فانه يدل على ان الدلالة
من محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يعارض النص الصريح قلت فى النص ذكر القتل وتخصيص
الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به وقال عطاء بن ابى رباح
تلميذ ابن عباس اجمع الناس على ان على الدال الجزاء قال الطحاوى ولم يرو عن احد من الصحابة خلاف ذلك
فصار ذلك اجماعا ورد بانه روى عن ابن عمر ليس على الدال الجزاء واجيب بانه ليس بثابت ولئن
كان حمل على ما اذا دل ولم يقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل
الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام والاقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة فانه اى الدلالة
وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن من الصيد اما الدلالة تفويت الامن من الصيد لانه
امن بتوحشه عن الناس وتواريه عن اعينهم وبالدلالة يزول ذلك فصارت كالاتلاف وقوله ولانه
المحرم دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فاشبه دلالة الحلال وتقريره ان المحرم باحرامه التزم الامتناع
عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان
كدلالة المودع السارق على الوديعة بخلاف الحلال فانه لم يلتزم شيئا على ان فيه اى فيما اذا دل الحلال
على صيد الحرم الجزاء على ما روى عن ابى يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما
بمكان الصيد لانه اذا علمه لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون فى معنى الاتلاف اما اذا كذبه وصدق
غيره فلا ضمان على المكذب وفيه اشارة الى ان الضمان على ذلك الغير ان كان محرما وههنا شروط اخر
لم يذكرها احدها ان يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئا والثانى ان يبقى الدال
محرما عند اخذه المدلول لان فعله انما يتم جناية اذا بقى محرما الى وقت القتل والثالث ان يأخذه المدلول
قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم اخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شئ لانه
كجرح اندمل ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شئ لما قلنا انه لا التزام من جهته

فان قيل

فان قيل بل من جهته التزام بعقد الاسلام ان لا يتعرض لصيد الحرم اجيب بان عقد الاسلام ليس
بكاف فى ذلك بل لا بد من عقد خاص كما فى عقد الوديعة الا ترى ان المسلم التزم بعقد الاسلام
ان لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا على مال انسان فاخذه لا ضمان على الدال والعامد والناسى
فى وجوب الجزاء سواء كان قاتلا ابتداء او دالا لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف لقوله تعالى ومن
قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسى كما فى غرامات الاموال فان قيل
ليس هذا كغرامات الاموال الا ترى ان رجلين لو اشتركا فى اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف
القيمة وان اشتركا فى قتل صيد كان على كل منهما جزاء كامل فالجواب ان مناط الالحاق مدارية
الاتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد فى جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل
هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا نص على التعمد وهو يخالف
النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه فجاز ان يثبت حكم النسيان بدليل
آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب
عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابى وقاص فان قيل فما فائدة قوله متعمدا اجيب بانها
التنبيه لان الدلالة قد قامت على ان صفة التعمد فى القتل تمنع وجوب الكفارة فاعلم الله تعالى
ههنا بانها اذا وجبت فى العمد فلان تجب فى الخطاء اولى والمبتدى والعائد فى وجوب الكفارة
سواء لان العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت فى المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل
قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل كل جزائه بالفاء انتقام الله تعالى فلا يكون له موجب سواه
كما عرف فالجواب ان هذا متمسك ابن عباس وداود والظاهرية فان موجبه العائد ان يقال له اذهب
فينتقم الله منك ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا او مستخفا به كما فى قوله تعالى فى باب الربوا
ومن عاد فاولئك اصحاب النار الاية واما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة النص وقوله والجزاء
عند ابى حنيفة وابى يوسف ان يقوم الصيد يعنى يقومه ذوا عدل من حيث انه صيد لا من حيث انه
زاد عليه صنعه فانا اذا قتل المحرم بازيا المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين
ما اذا اتلفه لمالكه فانه يجب قيمته معلما واجيب بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية
وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له فى ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل
فى الجزاء واما وجوب القيمة فى الاتلاف فباعتبار المالية وهى فى الانتفاع وذلك يزداد بكونه
معلما فيدخل فى الضمان وانما قيد بقوله صنعه لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقى كما اذا كان
طيرا يصوت فازداد قيمته لذلك ففى اعتبار ذلك فى الجزاء روايتان فى رواية لا يعتبر لانه
ليس من معنى الصيدية فى شئ وفى اخرى يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان
مطوقا وقوله ثم هو معنى القاتل مخير فى الفداء ظاهر وقال محمد والشافعى يجب فى الصيد النظير
فيما له نظير اى فى المنظر لا فى القيمة ففى الظبى شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل
ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لان من النعم بيان للمثل
والقيمة لا تكون نعما وبان الصحابة وهم عمر وعلى وعبد الله بن مسعود اوجبوا النظير على ما بينا

يعنى قوله ففى الظبى شاة وفى الضبع شاة وفى اليربوع جفرة وهى التى بلغت اربعة اشهر الى آخره
وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام وما اشبههما تجب فيه القيمة عند محمد
وكان قوله كقول ابى حنيفة وابى يوسف وان كان يعتبر المماثلة من حيث الصفات فاوجب فى
الحمام شاة لمشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر والعب من باب طلب يشرب
الماء مرة من غير ان يقطع الجرع قال ابن عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فانها
تشرب شيئا فشيئا ويقال هدر البعير والحمام اذا صوت من باب ضرب ولابى حنيفة وابى يوسف
ان الله تعالى اطلق المثل والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له
مثل صورة من تناول النص وفى ذلك اهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا فى
الشرع كما فى حقوق العباد ولكون المثل المعنوى مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره
مرادا والا لزم عموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا واعترض بان
المثل ليس مشتركا بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة فى احدهما مجاز فى الآخر حتى يلزم
ما ذكرتم بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحت المطلق والمعنوى
كما فى قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له مثل صورة ومعنى
كما فى المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات والجواب ان المطلق ما يتعرض للذات دون
الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من افراده
المحتملة فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية
فى المطلق ومجاز فى غيره والمجاز ههنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا وبمثل ذلك نقول فى
الاية الاخرى اما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلى
اولى بالارادة ورد العين ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده واما على قول
من يقول موجب الغصب رد العين واداء القيمة مخلص فكذلك لكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد
العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه وقوله لما فيه من التعميم دليل
آخر يعنى فى اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول ما له نظير وما ليس له ذلك وفى ضده اى فى اعتبار
المثل صورة تخصيص لتناوله ما له نظير فقط والعمل بالتعميم اولى لكون النص حينئذ اعم فائدة وقوله
والمراد بالنص جواب عن قوله لان القيمة لا تكون نعما وتقريره ان المراد بالاية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم
الوحشى لان المثل بمعنى القيمة على ما بينا ومن النعم بيان لما قتل والمراد من النعم النعم الوحشى لان
الجزاء انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلى وقد ثبت ان النعم كما يطلق على الاهلى فى اللغة يطلق على
الوحشى قاله ابو عبيدة والاصمعى فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء فاذا كان الجزاء
القيمة كيف يمكن ان يكون هديا بالغ الكعبة اجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ
الكعبة فالقاتل بالخيار بين الامور الثلاثة وقوله والمراد بما روى جواب عن قوله قال عليه السلام
الضبع صيد وفيه شاة وعن آثار الصحابة يعنى ان ايجاب النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة هذه النظائر
لم يكن باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة لا لان

انهم كانوا ارباب المواشى فكان الاداء عليهم منها ايسر وهو نظير قول على فى ولد المغرور يفك
الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة والله اعلم قال رحمه الله ثم الخيار
الى القاتل يعنى اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهى تبلغ هديا فالخيار فى ان يجعل هديا او طعاما او
صوما الى القاتل عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد والشافعى الخيار الى الحكمين فى تعيين احد
الاشياء فان حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصيام فعلى ما قال ابو حنيفة
وابو يوسف يعنى من اعتبار القيمة من حيث المعنى لهما اى لابى حنيفة وابى يوسف ان التخيير شرع
رفقا لمن عليه فيكون الخيار اليه كما فى كفارة اليمين ولمحمد والشافعى قوله تعالى يحكم
به ذوا عدل منكم هديا الاية ووجه ذلك ان الله ذكر الهدى منصوبا تفسيرا لقوله يحكم به فان الضمير
به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير وقيل على التمييز فثبت ان المثل انما يصير
هديا باختيارهما وحكمهما او مفعول لحكم الحكم على ان يكون بدلا عن الضمير محمولا على محله كما فى قوله
تعالى قل اننى هدانى ربى الى صراط مستقيم دينا قيما وفى ذلك تنصيص على ان التعيين الى الحكمين
ثم لما ثبت ذلك فى الهدى يثبت فى الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولانه عطفهما عليه
بكلمة او وهى للتخيير فيكون الخيار اليهما وفى توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام
بكلمة او لا تفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهى شاذة
والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث انه كتاب ولا من حيث انه خبر كما عرف
فى الاصول وقوله قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره ان الدليل انما يصح ان لو كان كفارة معطوفة
على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هى معطوفة على قوله فجزاء بدليل انه مرفوع وكذلك
قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فى الاية دلالة اختيار الحكمين فى الطعام والصيام
واذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت فى الهدى لعدم القائل بالفصل وانما يرجع اليهما فى تقويم
المتلف لا غير ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه دفعا له ويقومان اى الحكمان فى المكان الذى
اصابه المحرم قال شيخ الاسلام ولكن يعتبر الزمان الذى اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن
والازمان وقوله فان كان الموضع برا ظاهر وقوله وقيل يعتبر المثنى هنا فى جزاء الصيد بالنص
وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم قال فى الكشاف عن قبيصة انه اصاب ظبيا وهو محرم فسال
عمر عنه فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم امير
المؤمنين حتى سال غيره فاقبل عليه ضربا وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم
قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله ويجوز الطعام
فى غيرها يعنى سواء كان اطعام الاباحة او التمليك وقوله والصوم يجوز فى غير مكة يعنى
بالاجماع وقوله اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام بان يصيب كل مسكين من اللحم ما
يبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط التصدق التوزيع بخلاف
ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق بجميع المذبوح على فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الصدقة
وقوله لان الاراقة لا تنوب عنه اى لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى

حتى لو سرق المذبوح او ضاع قبل التصدق به يجزيه الواجب كما كان عليه فالمذبوح بمكة حيث
يخرج عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق به قال رحمه الله واذا وقع
الاختيار على الهدي اي اذا اختار القاتل الهدي يهدي ما يجزي في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضأن
او الثني من غيره عند ابي حنيفة لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه كما في هدي المتعة والقران فانه
ينصرف الى ما يجزي في الاضحية واعترض عليه بان اسم الهدي قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان
فعلت كذا فثوبي هذا هدي فليكن في محل النزاع كذلك واجيب بان الكلام في مطلق الهدي وما
ذكره ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك وقال محمد وابو يوسف يجزي صغار النعم قال
في النهاية وذكر في المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان قول ابي يوسف
مثل قول محمد لان الصحابة اوجبوا عناقا وجفرة فدل على جواز ذلك في باب الهدي وعند ابي حنيفة
وابي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام فيجوز ان يكون ايجاب الصحابة على ذلك الوجه واذا وقع
الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعي وقيل هو قول محمد يجب المثل
ثم يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فتعتبر قيمته وقوله واذا اشترى بالقيمة
طعاما اشارة الى انه يجوز ان يقوم المتلف بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاما وقوله ينصرف الى ما هو
المعهود في الشرع يعني نصف صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله
وان اختار الصيام ظاهر وقوله وكذا ان كان الواجب دون طعام مسكين بان قتل يربوعا او
عصفورا ولم تبلغ قيمته الا مدا من الحنطة يطعم ذلك المقدار او يصوم يوما كاملا لما قلنا ان
الصوم اقل من يوم غير مشروع وقوله ولو جرح صيدا ظاهر وقوله ما لم ينفصل اشارة الى انه اذا
كانت مذرة فلا شيء عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا وقوله فان خرج من
البيض فرخ ميت هذه المسئلة لا تخلو من ان علم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم
يعلم ان موته بسبب الكسر او لا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثاني فلا شيء عليه وان كان الثالث
فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ
حيا لما ذكر في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ
الحي كسره قبل اوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك اتلاف والاتلاف يوجب الضمان وقوله فيحال به
عليه اي بالموت على الكسر الباء صلة كان اصله يحال الموت على الكسر ايضا فان قيل بيض
النعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما
على ما يجي فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته
بل باعتبار انه سبب للفرخ ولهذا لا يجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة واذا وجب ضمان الفرخ
لا يجب عليه ضمان البيض وقوله وعلى هذا اي على القياس والاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت
جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما فان قيل قد تقدم ان ضمان الصيد اشبه غرامات الاموال ومن ضرب
بطن جارية فالقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة
الجنين اجيب بان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير

مبني

مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك فاما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فمن حيث
فيه شبها للنفسية في الجنين وجب الجزاء وليس في قتل الفواسق الخمسة شيء لان النبي صلى الله
عليه وسلم استثنى بقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وذكر الذئب في بعض الروايات فقيل فيما اذا ذكر
الكلب العقور فزاد الذئب او يقال ان الذئب في معنى الكلب العقور وذكر المصنف في اول هذا
الفصل الستة بناء على الرواية او الدلالة وقوله والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط
اما النجاسات مع غيرها اي يأكل الحب تارة والنجاسة اخرى وقع تكرارا لانه ذكره في اول الفصل
مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابي يوسف فكان مستغنى عن ذكره وقوله الذي يأكل الجيف
خبر لا صفة فكان موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب الذي يأكل الزرع فانه يجب الضمان
بقتله وقوله لا يبتدئ بالاذى قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون قوله في العقعق
ولا يبتدئ بالاذى نظر لانه يقع على دبر الدابة وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور
والمستانس والمستوحش منهما اي من الكلب العقور وغير العقور سواء اما العقور فظاهر لانه
ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله لان
المعتبر هو الجنس يعني الحقيقة التي تسمى كليا لا فردا دون فرد وهذا لان هذا الجنس ليس بصيد
وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب انه ليس للتقييد
بل للاظهار نوع اذاه فان ذلك طبع فيه وقوله لانها ليست بصيود يعني انها ليست بمتوحشة
عن الادمي بل هي طالبة له وليست بمتولدة من البدن يعني حتى يكون من باب قضاء التفث كالقمل
ثم هي موذية بطباعها فلا يجب بقتلها شيء وقوله ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى يعني قوله لانها ليست
بصيود وليست بمتولدة من البدن سماها علة وان كانا في معنى علتين لانه ذكر في موضع
السلب وفي موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة فان الحكم ينتفي بالجميع كما انه
ينتفي بانتفاء الواحدة وقوله ومن قتل قملة تصدق بما شاء وقد اوضحه في الكتاب وليس الجزاء
منحصرا في القتل بل الالقاء في الارض كالقتل سواء اخذها من راسه او من موضع آخر وقيل في
القملتين والثلاث كف من حنطة وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة وقوله شيئا يسيرا
على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا قال في الجامع الصغير كسرة خبز وقول عمر تمرة خير من
جرادة قصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة
بدرهم فقال عمر اري دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة قال رحمه الله
ومن حلب صيد الحرم اللبن من اجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما في بطونه وكلمة من للتبعيض
وقوله كالسباع اي سباع البهائم ونحوها اي سباع الطير وقوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع
باسم اللغة يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف
اهلي وليس بصيد فكان المراد ما يتكلب اي يستد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان
كان الله تعالى قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الا ما كان موذيا ولو كان النص بهذه الصيغة لم يتناول

الا ماكول اللحم فكذا هذا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ
اما لجلده او ليصاد به او لدفع اذاه وكل ما هو صيد تناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب
الجزاء بقتله والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان
الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون
في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اى اقوى ورجح
في هذا الموضع كما في الايمان لبنائها على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله ولا يجاوز بقيمته
شاة الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة ما لا يوكل لحمه
من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال زفر يجب قيمته بالغة
ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم والجامع الضمان ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة فلما ورد
الشرع بتقديره لا يزاد عليه بالراي لان المقادير توقف سماعا ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده
اذ اللحم غير ماكول لا لانه محارب كما في بعض السباع والفيل يعده اهل الهند للمحاربة بحيث يكسر
العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى
الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا يتقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة
الشاة ظاهرا وقوله واذا صال السبع على المحرم اى وثب فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا
بالجمل اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي
عن عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه فعلل للاهداء بالابتداء فيدل على ان الدافع
لا يجب عليه شيء والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه
فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في خطابات الشرع اما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول
عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيده والجواب ان الاستدلال
انما هو بفعله وقوله رواية تفيده وقوله ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث
الفواسق ووجهه ان قتلها ابيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق
اولى فكان ماذونا بقتله من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه باذنه فان
قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق راسه وتطيب بعذر فهو ماذون
من الشرع ولم يسقط الجزاء فالجواب ما ذكره بعيد هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على
ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه الاية فكان فائدة الاذن رفع
الحرمة لا غير وتحقيقه ان بقاء الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره ولا يحال
ليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول كالضرورة في حلق الراس لان الاولى نادرة والثانية
كثيرة بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد الصائل بالسيف
على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من المالك واجيب بان العبد مضمون في الاصل
بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة
اسقط حقه كما اذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو

نفسه

نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله وان اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرنا آنفا وقوله والمراد
بالبط يعني المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج
في البطوء ويجوز ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته
اذا البسته السراويل وقوله نحن نقول الحمام مستوحش توبره الحمام متوحش باصل الخلقة
ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس عارض جواب لمالك ومعناه
الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى
لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا ومات قبل ان يدرك ذكاته لم يحل ولو كان
صيدا لحل واجيب بان مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا ترى ان
البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار والعجز
في الحمام غير موجود لانه ياوي في الليل الى برجه وقوله وكذا اذا قتل ظبيا ظاهر قال
رحمه الله واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا
ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص شيئا انتقل اليه ذلك
الفعل كما في اجارة البناء فصار كانه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز
ان ياكله فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح
يحل له ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه حينئذ
يكون عاملا له واذا كان متعلقا به بقي يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كان لنفسه او لغيره
حرام عليه ايضا عنده قولا واحدا قلت ارى ان يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا و
تقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويحرم نفسه من ذلك لان التقييد في الروايات معتبر
بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم تتم الدعوى وان
كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا احل اكله للمحرم ان لم يدل
عليه ولم يشر اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تنفك
عن الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الذكاة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس
بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم سماه قتلا دون الذبح والذكاة اشارة
الى انه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النهي ونوقض بذبح شاة الغير بغير
اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا تحل بذكاة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المصنف اشار
الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا
وبيانه ان الدم نجس للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك امر متعسر خفي وله سبب
ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه
معدوم هاهنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يوجد هاهنا حيث اخرج الصيد عن المحلية بالنسخ بقوله تعالى وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة
الغير بغير اذنه فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول

وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة قال الامام التمرتاشي هذا
اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما اكل في الجزاء وقوله وقالا لا ظاهر
وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط يريد ان حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة
باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة
مضافة الى الاحرام بهذه الوسائط فكان ميتة ولا محظور احرامه فيجب عليه الجزاء وخرج من هذا الجواب
عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه فانه لا يلزمه شيء آخر لانه لم يكن ميتة ولا محظور
احرام وانما وجب عليه جزاء المحل وهو لا يتكرر وعما استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى
جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شيء آخر اجيب بان وجوب الجزاء في
البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما
اصطاده لاجل المحرم يعني بان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء امره بذلك او لم يأمره وقوله
تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم يريد به ما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم
فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم في حجرته وقال فيم انتم فذكرنا ذلك له فقال لا
باس به وقوله واللام فيما روي يعني ما لكم قوله او يصاد لكم لام التمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد
دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدى الصيد الى المحرم لا فيما اهدى اليه اللحم لان اللحم لا
يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت ان الصعب
بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرده عليه فلما راى
ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم ويكون معنى او يصاد لكم يصاد بامره واعلم ان هذا
الحديث روي بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاده غيره
لاجله لانه صار معطوفا على المغيا لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي
والنسائي بالالف هكذا وانما يحصل التمسك به على ما روي او يصد له ليصير معطوفا على الغاية
وهي ضعيفة وقوله وقالوا اي المشايخ فيما اذا شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية
يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني قال
رحمه الله وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها
على الفقراء لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك
استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت
وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي
ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف
وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم فجواز الصوم
في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان
صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء
الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا يناقض ما ذكرت آنفا انه يؤدي في ضمن اداء جزاء الاحرام اذا قتل

المحرم

المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدى في ضمن اداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب
ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك
لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله وما وجب بازاء المحل للعبد ولا يمكن ان يقضى بما لله للعبد
لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون
والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء
حتى ان حلالا لو اصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لنا ان كل
واحد منهما متلف من جهة احدهما بالاخذ المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على
من ذكرتم نظرا الى الجزاء وهل يجزيه الهدي فيه روايتان احداهما ان الواجب لا يتادى باراقة الدم
بل بالتصدق باللحم فيشترط ان تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما
كان والاخرى انه يتادى بها اذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يسقط عليه
شيء لان الهدي مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق الا يرى ان المضحي
يجعل الاضحية خالصة لله تعالى باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم بصيد قال
في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي فانه في المحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم
فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي رضي الله عنه الصيد الذي في يده مملوك وحق
الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته وقلنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم وبين
الملازمة بقوله اذ صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن بما روينا
من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد
فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق فلهذا قاس الشافعي
صورة النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر وقوله وبذلك جرت
العادة الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله ولان
الواجب ترك التعرض دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب ترك التعرض
وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك في الملك ليس
بمناف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على ان لا معتبر ببقاء الملك والا لزم الجزاء ارسل
او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه لكن على وجه لا
يضيع بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله فان اصاب حلال صيدا ظاهر وقوله
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احتراز عما اخذه المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل
بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم وارسله ثم حل
فوجده في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل بعد احرامه
فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل
سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب عليه ازالته من الملك بتركه التعرض الواجب لتمام احرامه بقوله

عليه ترك التعرض لهذا لا اخراجه عن ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه يده بالارسال
كان متعديا فيضمن ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف فانه لا ضمان فيها عندهما
لانه آمر بالمعروف وناه عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير اللهو وقوله وان اصاب محرم
صيدا ظاهر وقوله فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد
الآمن والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعد الاخذ
متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرير التعرض والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون نصف المهر لان شهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج
على ما عرف ثم يرجع الآخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الآخذ انما اخذ بصنعه
ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك
بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خنزير ذمي فاتلفه في يده آخر
فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال
الهلاك به فهو اي القاتل بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة العلة
فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب وضمن الغاصب فان حاصل الضمان مستقر
عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والتزام
ما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتي بها ويجزيه الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به
يحبس عليه وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز
ان يكون في مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا بيده من
الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا اتلفه
انسان في يده فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر
ابنه فغصبه منه آخر ثم الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس
فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفر ان غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لان خروجه
عن محلية التملك لاهانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحرامه وحرمة
الذمي فيثبت له يد محترمة فيه وان لم يثبت له ملك قال رحمه الله فان قطع حشيش
الحرم اعلم ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما
على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء
والاول من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته
الناس ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان ينبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه
ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع وقوله فان قطع حشيش
الحرم الى ان قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا
ينبته الناس وقوله لا يختلى خلاها اي لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله لانه حرمة

تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب خارج
الحرم وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله بخلاف الصيد يعني انه لا يجوز
بيع صيد اصطاده محرما او بيع صيد الحرم اصلا والفرق ما ذكره بقوله لان بيعه حيا تعرض
للصيد الآمن وقوله والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله وما لا ينبته
عادة الا اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة يعني ما لا ينبته الناس عادة
اذا انبته انسان التحق بما ينبته فكان غير مستحق الامن الحاقا للاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة
الى الحرم عند النسبة الى غيره بالانبات وقوله ولو نبت بنفسه يعني في ملك رجل يجب ما ذكرناه
آنفا واعترض عليه بوجهين احدهما ان النبات يملك بالاخذ فكيف يجب القيمة بعد ذلك والثاني ان
الحرم غير مملوك لاحد فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى ضمانا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ محمول على خارج الحرم واما كلأ الحرم فبخلافه لانه حرام التعرض بالنص
كصيده وعن الثاني بانه على قول من يرى تملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد وقوله وما جف
من شجر الحرم بيان الاستثناء في حظر هذه المسئلة وهو ظاهر وقوله ولا باس بالرعي لان فيه
ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت
الضرورة ولنا ما روينا يعني قوله عليه السلام لا يختلى خلاها وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه
نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل
مشفرة كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع وقوله
وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش
من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل ما بال الاذخر يجوز رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف
الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه روي ان العباس لما قال رسول
صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر وتأويله انه عليه السلام كان
من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك او كان اوحى الله اليه ان يرخص فيما يستثنيه
العباس فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص المرعى
بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالفرق
وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي وقوله بخلاف الكماة معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعني انها
ليست بداخلة في المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها قال رحمه الله
وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان كل ما على المفرد مما تقدم من الجنايات
فعلى القارن فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد بناء على ان القران عنده محرم
باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة
واذا اجتمع اثنان في ايجاب حكم واحد واحدهما اقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف
كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب
ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده محرم على

المحرم بها جميع ما يحرم باحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع احدهما الآخر فان قيل فعلى هذا يجب
ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب
دمان وفي ساير المحظورات دم واحد لان احرام العمرة انما بقي في حق التحلل لا غير قلت نعم كذلك وان كان
شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت وفي المبسوط ان احرام العمرة بعد الفراغ من افعالها لم يبق الا في
حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله
فعليه دمان وقوله خلافا لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في ساير المحظورات
ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا ترى انه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم احرم للحج
بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء
واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد
لان من اصله ان الاعتبار للمحل وعنده قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هاهنا
واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة
يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزية اذا
صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل واما انه جناية
تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية
متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم
وهو عكس المسألة المتقدمة ظاهر مما تقدم غنية واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع
باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد
الآمن بالبيع باطل وهو جمع بين محلية البيع بتحريم الشرع لحرمته وجمع عن محلية الذبح لذلك والبيع لضمان
الدعوى بمحله باطل وبيعه بعدما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل وقوله ومن اخرج ظبية
من الحرم حلالا كان او محرما فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج
من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي كونه
استحقاقا للامن شرعا وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه فبقاء
الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مأمنه واجب واما ان كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك
تسري الى اولاده فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد
الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد الغصب غير مضمونة والجواب ان الصفة
الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبة تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية
ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا يتحقق لعدم ثبوت
يد عليها تزال بالغصب والله تعالى اعلم
قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه بذكر مجاوزة الميقات بغير احرام لان هذه من
الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق
ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذه

الباب

الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم للاشياء
الموجبة للكفارة وهو الاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام
ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان ونقصانه ينجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك فاذا تداركه بالعود
الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى
بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع الى غيره
من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى الميقات وذلك الميقات يحاذي
الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف
لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا ان رجع محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى
او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار
كما اذا افاض من عرفات ثم عاد بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع
في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك
لان المتروك هنا استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وهذا الكلام
تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية عندهما بعوده
محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر به ساكتا صح وعنده
بعوده ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صار في موضع احرام فيشترط
التلبية هناك فاذا لبى ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه فانما الكلام
فيما اذا ترخص بالتاخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك
ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط
عنه الدم وان لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف
في احرام العمرة في جميع ما ذكر وقوله ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف متصل بقوله وان رجع اليه
ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسألة العود على ثلاثة اوجه في وجه لا يسقط
بالعود بالاتفاق وفي وجه يسقط به بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرنا وبيانه ان
من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما ان يعود
اليها او لا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله
سقط الدم بالاتفاق لانه لنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود
بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف شوطا واستلم
الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ
من الميقات تقديرا وبعدما وقع عنه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئا وظهر لك بما ذكرنا ان
قوله فاستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك الشرط وان عاد قبله فمحل الاختلاف المذكور وقوله فان دخل
البستان ظاهر وقوله فالتحق باهله سواء نوى مدة الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما قوله وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن

كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم وقوله ومن دخل مكة
بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك وحج حجة الاسلام
او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب بدخول مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا
بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقط بها
المنذورة كذلك هاهنا والجامع ان كل واحد منهما وجبت بسبب غير سبب الاخرى فانها وجبت عليه بالدخول
بمنزلة ما يجب عليه بالنذر فان الشروع ملزم كالنذر فكما لا تتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع
فيها وصار ذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بلا خلاف ولنا
هو الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهو السنة التي دخل فيها مكة لان الواجب عليه تعظيم هذه
البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء
فانه يجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخوله مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار
دينا في ذمته بمضي وقت الحج فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى في صوم
رمضان من سنة نذره فيها دون العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن
لا نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين فينبغي ان تسقط العمرة الواجبة بدخول
مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الاولى اجيب بان تاخير
العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت مكروه صار كالمفوت لها فصارت دينا والله
اعلم **قال** رحمه الله ومن جاوز الميقات بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلثة
احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما المضي فلان الاحرام عقد لازم
لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة
ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات ينجبر ما نقص من حق الميقات
بالمجاوزة بغير احرام فسقط عنه الدم كمن سهى في صلاته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو
وقال زفر لا تسقط عنه وهذا الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم ففاته الحج ثم
قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظيره الاختلاف فيمن جاوز الميقات
بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه
عندنا خلافا لزفر قال لان الدم لمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب
عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات
بالاحرام منه اي من الميقات في القضاء وهو اي القضاء يحكي الفائت اي يفعل مثل فعل ما فات وهو
الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف
غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه وقوله واذا خرج المكي من الحرم الى آخره ظاهر
والله اعلم **باب اضافة الاحرام الى الاحرام** اضافة الاحرام الى الاحرام في حق
المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج
الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدم جعله في باب على حدة

قال

قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج
وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة اولا فطاف لها
شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق
الافاقي الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع
من يحرم بالحج بعد عمل العمرة وللاكثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان
المكي اذا اهل بالحج وطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام الحج قد تاكد وقبل
التاكد وقيل التاكد كان يؤمر برفضها فبعده اولى وقيد بالشرط يعني الواحد لانه اذا طاف
لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام
بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا
وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الجمع بين الحج والعمرة
في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونها واقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي
لا غير وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيتحلل
بالوجهين لا اضرين قوله وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا
يعني من الامور الثلاثة وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه
وهو ملبس لا محالة وقوله وان طاف للعمرة اربعة اشواط ظاهر مما ذكرناه آنفا وقوله ولا كذلك
اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما اختلف النسخ هنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند ابي
حنيفة وفي بعضها وكذا اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك
قال صاحب النهاية ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكثي الصواب وكذلك يعني النسخة
الاخيرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاول
والثالث فظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل
يكون الاقل معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة حينئذ لانه لم ياخذ حكم الوجود فصار
كانه لم يطف للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذا هنا في المعدوم الحكمي فقال ليس كذلك فانه
لما اتى بشيء من افعال العمرة فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفع غير المتاكد اسهل وهو
هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الآخر ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة والحالة
هذه يعني والحال انه اتى بشيء من افعال العمرة ابطال العمل اي الطواف الذي اتى به وفي رفض
الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال ما وقع معتدا به وقوله وعليه دم بالرفض ايهما
رفض يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه لكون الجمع بينهما غير
مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم التحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما ياتي
فان قيل هلا لزمه دمان لخروجه عن كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما فانه قضى
حيثما تمكن وانما تمكن في احدهما فلذلك لزمه دم واحد الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض

الحجة قضاؤه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه في معنى فائت الحج
يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها هاهنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين
منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا وان مضى عليهما يعني اذا لم يرفض المكي واحدا من العمرة
او الحج وانما مضى عليهما واداهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اي
عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي عن العمرة
اذ هي المعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لانها هي الداخلة في
وقت الحج وبسببها وقع العصيان وفيه نظر وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه قيل ذكر المصنف في اول المسألة ان الجمع بينهما
في حق المكي غير مشروع ثم ذكر هاهنا انه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا انه يقتضي المشروعية
فكان التناقض في كلامه واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما في حق الافاقي
وبه يندفع التناقض وقوله وعليه دم واضح قال رحمه الله ومن احرم بالحج ثم
احرم يوم النحر بحجة اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة اقسام بالقسمة العقلية ادخال
احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على احرام العمرة وادخال
احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه ادخل في
كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على
غيره لقوة حاله اذا كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية والكمية
والافعال والاصل في ذلك ان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي يلزمه احدهما والكلام هاهنا مواثق فهو بناء على ان
الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمدا يقول هو وان كان شرطا
للاداء الا انه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء واداء حجتين او عمرتين معا
غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة في الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض في الذمة
بدليل انه يصح منفصلا عن الاداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة
للصلاة فانها لا تصح منفصلة عن الاداء الا انه لا بد من رفض احدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه
واما لانه البقاء للاداء لا للالتزام والجمع اداء غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى اداء احدهما
صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما
اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه الى احدهما فانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة
وكذلك اذا احصر فهذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
رحمهما الله اذا عرفت هذا نعود الى تطبيقها في الكتاب على هذا الاصل فانما احرم بالحج ثم
احرم يوم النحر بحجة اخرى ان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما
ذكرنا انه التزام محض ولا شيء عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق في الاولى واحرم
بحجة اخرى صار جامعا بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة

او يوخر

او يوخر الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق
وان اخر فقد اخر الحلق في الاولى عن وقته والتاخير عن الوقت مضمون في قول ابي حنيفة ولهذا
قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اي حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسألة
في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى فذكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير
لما ان الافضل في حق الرجل الحلق وفي حق النساء التقصير وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع
بين انا المذكور من مذهب محمد فهذا الاصل انه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه احدهما وهو المروي
عن الامام التمرتاشي والفوائد الظهيرية وحينئذ ينبغي ان لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الاخرى
فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كما مذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان
ومن فرغ من عمرته الا التقصير ثم احرم بعمرة اخرى فعليه دم يعني بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت
لان وقته بعد الحلق للاول ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو
دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه المسألة من خواص الجامع الصغير ببين خبطها لزوم
دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد رحمه الله عن بيان وجوبه للجمع بين
احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان
واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة في ذلك رواية واحدة وهذه المسألة ايضا تدل على ان مذهب محمد
في لزوم الاحرامين كمذهبهما والا لما لزم عنده شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا
اراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزمه الا احدهما فيستقيم وقوله ومن اهل بالحج اي رفع
صوته بالتلبية ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسألة فيه فيصير بذلك
قارنا لانه قرن بين النسكين لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا لان السنة ادخال الحج على العمرة
لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج اخر الغايتين لكنه لما يؤد الحج صح
لان الترتيب وجب في الافعال لا ان فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف
بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروع
بل المشروع هو ان يكون افعال الحج مبنية على افعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال قال في النهاية
والعامل فيها معنى الاشارة في هي هكذا كانت مقيدة بتقييد شيخي وفيه نظر فانه توجه اليها لم يكن رافضا
حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل
يعني من اخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة الى اخره
فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة مضى عليهما وتفسيره الماضي ان يقدم افعال العمرة على
افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني
قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي فصح الاحرام بهما وكلام ظاهر وقولهم الصحيح احترازا عما
اختاره شمس الائمة وقاضي خان والامام المحبوبي ان ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام
فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه اخطأ السنة في بناء افعال العمرة على افعال الحج من وجه كان
كقران المكي وقوله ولسبب ظاهر وقوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق او قبل طواف الزيارة

لانه حكم من اهل بها بعد ما حل من الحجة بالحلق ياتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما اوله
وقوله لزمته لما قلنا يريد قوله لان الجمع بينهما غير مشروع على ما مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع
في حق الافاق وقوله برفضها قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف فيصير
بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقوله وقد كرهت العمرة يوم النحر وجه آخر في لزوم الرفض
عليها نذكره اشارة الى ما ذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا
خمسة ايام يكره فعلها وقوله وعليه دم مكانها اي بقضاء للمرفوضة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان
الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق فيها بين المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث
لا يلزم القضاء اذا افسده وهنا يلزم اجيب بان مجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية
وهو ترك اجابة ضيافة الله فهو معرض للافطار ولا يلزمه القضاء واما مجرد الاحرام للعمرة في هذه
الايام فلا يحصل لان المعصية اداء افعالها في هذه الايام فيلزمه القضاء لصحة الشروع فان
مضى عليها اي على العمرة التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة اجزاه
ودليله ظاهر وقوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل التحلل
بالحلق او في الاعمال الباقية يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى ان كلام المصنف على اطلاقه
ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا
حاجة الى قوله او في الاعمال الباقية وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان
معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقال
الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل يشبه ظاهر ذلك انه
لا يرفضها وقيل يرفضها احترازا عن النهي يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه
ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى ظاهر ما ذكر في
الاصل انه لا يرفضها اي لا ينقض من غير رفض وقوله فان فاته الحج يعني فائت الحج وهو من فاته الوقوف
بعرفة اذا احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بافعال
العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفائدته تظهر في حق
لزوم الرفض اذا احرم بحجة بان يرفضها ايضا لئلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي
فيها وقوله على ما سلكناه اراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة لا قوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة
لانه هنا غير مذكور هناك وقوله فيصير جامعا اي فائت الحج الذي احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين افعالا
فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين
احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل
قبل اوانه

باب الاحصار

لما كان من الاحصار ملحق جناية على المحرم اعقبه
باب الجنايات بابا على حدة يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجته وعمرته واذا
حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي على اتمام افعال ما احرم له
فان احصر بعدو او مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا احصار الا في العدو وقال

المريض

المريض ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند الاحرام ولكنه يصبر الى ان يبرأ لان التحلل بالهدي
شرع في حق المحصر ليحصل النجاة بالاحلال والنجاة ما بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان بالمرض
لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فانه ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فينجو عنه
بشر عدوه ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا
الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالة على الاحصار بالمرض اقوى وفيه
بحث من وجهين الاول لكان من حق الكلام ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق
لهم بورود الآية وسبب نزولها والثاني انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله
عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اهل اللغة اجمعوا على معنى
دل ذلك المعنى ان يكون الآية واردة في الاحصار بمرض وعن الثاني فبما قيل النصوص الواردة مطلقة
يعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه استدلال
بمعقول يعني شاء بما انزلها كانه قال سلمنا ان آية الاحصار وردت في المحصر بالعدو ولا فرق بين
الاحصار والحصر لكن المرض يلحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة
الى ما هو جناية على الاحرام وقوله فاذا جاز التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل
للمحصر يقال له ابعث شاة يذبح في الحرم وواعد من يبعث بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وهذا
على قول ابي حنيفة رحمه الله لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال
واما عندهما فدم الاحصار بالحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في
العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما صار محصرا منعه من الذهاب
يخير بين المقام والانصراف قال من النهاية انما قيده بقوله يذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن المحصر
ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظور احرامه لبقاء
احرامه كذا ذكره الامام قاضيخان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف
قربة الا في زمان او مكان وعلى ما مر فدم الاحصار لا يعرف قربة بدون احد هذين فلا يقع به التحلل
وقد عين الشرع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى
الى الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع
حله ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا يراق فيه الدما
فكان المراد به الحرم وهذا واضح وقال الشافعي لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت
يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ولهذا لم يتحقق التخفيف حتى لم يحل الهدي
بل يبقى محرما ابدا ولا نهايته لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قاله وليس كذلك بالاتفاق
بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان يعتبر الاحصار قيمة الشاة لقام
واما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق وان لم يفعل
لا شيء عليه لان النبي عليه السلام حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك فان قيل هذا الذي ذكره من

الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الذي لا يعقل قربة لغتنا بيان له
قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه
فاين دليله اجيب بان هذه المسئلة عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى واجب
والمصنف اورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد
يصلح دليلا لها وقوله ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني ان كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس
فراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غيره
قربة واما حلق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف
فيامنوا جانبهم ولا يشتغلوا بكيد اخر بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه
الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد
منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدي فليهل
بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل احدهما
فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما بال لا يتحلل
عنهما بدم واحد اجيب بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل
فكان قربة تلحق في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة يكفي لصلوات
كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل لا انه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز التقرب به وهو
قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلاة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما
يصير قربة بسبب التحلل فاذا تكرر فلا يخلو اما ان كان التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول
كان الثاني لغوا وان وقع بالثاني كان الاول جناية فاما الذبح فليس بمحظور فصح الجمع وقوله ولا يجوز ذبح
دم الاحصار الا في الحرم انما اعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة
في بيان ان دم الاحصار اعرق في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان
لانه مختلف فيه وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر
واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل وربما يعتبر انه بالحلق اذ كل واحد
منهما محلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله بخلاف دم المتعة
والقران جواب عن اعتبارهما الاول النزاع بهما لان دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك
يختص فكذا هذا وقوله وبخلاف الحلق اعتبارهما الاخير وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل في اوانه وهو
الذي يترتب على افعال ما امر لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت
بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف وهو ينتهي بما يبتدئ وقت الحلق لانه وقت يبتدئ بطلوع الفجر
من يوم النحر فلا بد ان يقع الحلق في يوم النحر واما الثاني فانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمها
لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسا على الاول قياسا مع
وجود فارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي من غير شرط

زمان فاشتراط بالقياس من نسخ قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة المحصر
بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والمحصر في معنى
في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته بالاحصار لان كلا منهما قد فاته عرفة فقلنا
بوجوب العمرة واما الحجة فانها تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة في فائت الحج
للتحلل والتحلل هاهنا حصل بالهدي فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا راي في مقابلة النص كما
روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول اليس حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم
عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا وقوله وعلى المحصر
بالعمرة القضاء يدل على ان الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق في العمرة لانها لا
يتوقت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضوان الله عليهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا
صح في كتب الحديث انه رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها
من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا
تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الموجود في احرام العمرة
واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل الحج واحدهما فلما بينا يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت
الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها وقوله فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية
ذكر القارن هاهنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ فالصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من
وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا ويجب على القارن ان يبعث بهديين فانه لا يتحلل بالواحد
لانه ذكر قبل هذا في هذا الباب فان كان قارنا بعث بهديين والثاني ان المصنف جمع بين روايتي القدوري
والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المصنف
قبل هذا في القارن لم يرد فيه النظم فقال فان بعث القارن هديا والمراد باسم الهدي ما يهدى الى الحرم سواء
كان ذلك وهو او دما واحدا او ثوبا فكانه ذكر ان الواجب عليه دمان وها هنا القارن فكانه قال
فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخه بل ربما
لو قال فان بعث من القارن دمين فلا منافاة بينه وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخه
الى المحصر كان ملبسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم جنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد
الانواع وليس بمقصود ها هنا العدد وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم
ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم انه هاهنا وجوها اربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك
الحج والهدي او يدركهما او يدرك الهدي دون الحج او بالعكس والحكم مذكور في الكتاب يعني الوجه الاول لا يلزمه ان
يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة
فله ذلك لانه فائت الحج قال قيل اذا كان في معنى فائت الحج وجب ان يؤمر بالتوجه التحلل بالطواف والسعي
حتما كفائت الحج اجيب بان الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل
وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه لينحر عنه فله ان يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة ولان توجه لا يلزم

قضاء العمرة و في الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف كالمكفر
بالصوم اذا ايسر قبل اتمام الكفارة به وان قدر على الهدي يصنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان
عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز له التحلل
وهذا القسم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وقوله
ويحرم المال كحرمة النفس يعني كما ان خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على المال لكن
الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف ان حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قال فخر الاسلام
والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز ان يكون وقاء للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف
مال الغير جاز الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك متبذل غالبا في
مماثل المال لكن المتبذل ولكن حرمة المال يشبه حرمة النفس من حيث كونها تالفة فنظام القيام عصم صاحبه فيه
والى هذا اشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا يقتضي اتحادهما من جميع الجهات
والا لارتفع التشبيه وقوله وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له الخيار ان شاء
صبر الى ان يتحلل عند الهدي في المعتاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل
لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات
وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم على النساء حتى يطوف
الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم
لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير الطواف والحلق شيء فان قيل قد تقدم
ان ازدياد مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه اجيب
بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل
وقوله ومن احصر بمكة ظاهر وقوله فلما بينا يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا قوله وقد
قيل في هذه المسئلة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ما ذكر
علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمهما الله قال سألت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون
محصرا فقلت اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار
الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف واما انا فاقول اذا غلب العدو
على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف والصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف
والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله لما علمنا
من التفصيل

باب الفوات

معقب الاحصار بالفوات لانه بمنزلة المركب من المركب
لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام واداء فلا جرم اخر تاخيره قوله ومن احرم بالحج وفاته
الوقوف ظاهر وقوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اي نافذا لانه لا يرتفع برافع خرج حتى
عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المرأة في التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان
يحللاها وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة او احرم مجامعا فان
حكمه حكم الصحيح وقوله لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين منقوض بالمحصر فانه وجد طريقه

للخروج عنه كما تقدم واجيب بانه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسئلة الاحصار من العوارض ثبتت
بالنص وقوله كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين الحج والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك
ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو معلما شاء فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه يتعين
في السعي وهو العمرة لانها اقل افعالا واليسر موته وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فيتعين عليه
العمرة فكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة وقوله ولا
دم عليه يعني عندنا خلافا للشافعي فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال
العمرة وكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الاخر
لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الاخر واما يقدر عليه وقوله والعمرة لا تفوت اي لانها غير
موقتة وهي جائزة في جميع السنة يدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان
عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها
بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اعتمر في ذي
القعدة اربع عمر الا التي اعتمر مع حجته واما كراهتها في الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي
لا يكره وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله والاظهر من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة
قبل الزوال وبعده وقوله والعمرة سنة اي سنة موكدة وقوله ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية
غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا
بموقتين وبالصوم فانه يتادى بنية غيره وهو فرض واجيب بانا ما قلنا ان كل ما هو غير موقت
ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من اوقات العمر اذا وقع فيه استوى الفرضية والايمان
فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير
موقتة وصوم رمضان ليس كذلك واقول منشأ هذا الاشكال الذهول عن كلام المصنف
فانه جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها امارة واحدة واشار الى
ذلك بقوله وهذه امارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه شيء لاما الايمان فلانه لا غير ثم حتى يتادى بنيته
اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين
وقوله وتاويل ما رواه يعني قوله عليه السلام العمرة فريضة انها مقدرة باعمال كالحج او لا يثبت الفرضية مع
التعارض في الاثار فان ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة واذا تعارضت الاثار
لا يثبت الفرضية فانها لا يثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة
لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة وامر بالاتمام والامر للوجوب اجيب بان القران في النظم لا يوجب
القران في الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وانما كانت في
الابتداء سنة وقوله وهي الطواف والسعي ظاهر

باب الحج عن الغير

لما كان الاصل
في التصرفات ان يقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بان يوضع له باب على حدة واعلم ان من صلى
او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة وقال بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تعالى
وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى وهذا ليس من سعيه ولان الثواب هو الجنة وليس للعبد تمليكها غيره

لانه ليس بمالك لها وقلنا ما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير وله ولانه ان يصير ساعيا
لغيره وان يجعل استحقاقه للجنة لغيره واذا ظهر هذا فقوله الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله اشارة الى ان ثواب الحج للآمر ويجعل المامور كذلك فاما نفس الحج فيقع عن الآمر او عن المامور فيه كما
نعمه هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله بكبشين املحين يقال كبش املح فيه ملحة وهي بياض
يشوبه شعرات سود وهي لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة اي حالتي الصحة
والمرض لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله لا يحصل به اي بفعل النائب وقوله وهي
المشقة ينتقض بالمال يعني ان المزكي يلحقه المشقة عند فعله بنفسه يلحقه ايضا عند فعل غيره اذا
كان بامره والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا
المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما وقد احج عن نفسه ثم زال عنه العجز
كان قادرا على اصله في وقته وذلك يبطل النائب فان قيل القدرة على الاصل يبطل الخلف قبل حصول
المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة فينتقض ما ذكرتم فالجواب انا
لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بان الحج مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة
والآخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم يجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا
لكونه وظيفة العمر ان يكون العجز دائما واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط
العجز الدائم لتخلفه عنه فان شرط جواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر
والجواب ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فحيثما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا
يلزم ان كلما شرط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل يجوز الانابة ظاهر وظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك يشهد الاخبار الواردة في هذا الباب كحديث النبي صلى الله عليه وسلم
قال للخثعمية حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة افيجزيني ان احج عنه حجي
عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج يعني المامور وللآمر ثواب النفقة وصار انفاق
المامور كانفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية فتحصل العجز عن
فعله وكلما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قام
الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب
انه ملحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم
مقام ما هو مركب من البدنية والمالية اولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتاخرين قال
ومن امر رجلين صورة المسئلة ظاهرة ونبهك جوهرة ان الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول
قوله فهي اي الحجة عن الحاج ويضمن النفقة ودليله لان الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى
ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقرير الكلام ويضمن النفقة لانه
خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج حينئذ يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن
حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المامور فكان هذا التعليل تعليلا
لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين

ولا اشكال

ولا اشكال ان ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا ويضمن النفقة انه انفق من مالهما لان صرف نفقة
الامر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا استدراكا وقال بعضهم في دفعه اقدام الشارحين لم
يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى ونقل تقرير الكلام
كما نقلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع كان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل
والمدلول بان يقال هي عن الحاج اي الحجة تقع عن الحاج وهو المامور ويضمن النفقة لكل واحد منهما لانه
انفق من مالهما لان الحج المودى في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج به عن حجة الاسلام
ولكن كل واحد من الامرين امره بان يخلص له الحج ولم يأمره بالاشتراك فلما لم يقع عنهما جميعا خلاف الامر فوقع
الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا مزيد على الحكاية فليتأمل فيه واقول تقرير كلامه في
تقرير كلام الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج به الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه
عن الآمرين لان الامر شخصان كل منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الآخر فلا يقع
عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المامور لكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج
واما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعيد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن ايهما شاء كما
اذا اهل عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي
بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم الاحرام ظاهر وقوله لان الملتزم مجهول
مجهول معناه ان جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق فهي مانعة الا ترى
ان الاقرار للمجهول لا يصح وللمعلوم جائز دون عكسه وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصود
اذ الاصل صحة تعديته على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفى به اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشرط
يراعى وجوده كيفما كان الا ترى ان رجلا لو توضأ للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود
الاصلي هو اداء الافعال والنص في ابتدائه ممكن لانه يقع على ما عين لا على الابهام بخلاف ما اذا ادى
ثم عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيئا قال فان امر
غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم سجل لمن رجلا ان يقرن عنه بنص الراء ففعل فالدم على المامور لانه
وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صادرة
منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور وفيه نظر لجواز ان يكون المانع
في كون الدم واجبا على المامور لونه نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المامور فكذا هذا
لا لكونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك
لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بمنفعة القران لسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران
وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه
وجب شكرا لما وفقه وانما قيد بقوله واذنا له بالقران لانه اذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له الجمع بينهما لانه
لو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوب الدم عليه ليس بمقيد باذنهما فانه
لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه مخالف عند عدم الاذن فخالف الى ما هو خير وهو
القران لانه افضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائر واجيب بانه اذا اذنا له بذلك كان نما توهم انه ضرر

الا ماكول اللحم فكذا هذا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ
اما لجلده او ليصاد به او لدفع اذاه وكل ما هو صيد تناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب
الجزاء بقتله والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان
الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلم يكن
في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اي اقوى لانه رجح
في هذا الموضع كما في الايمان لبنائها على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله ولا يجاوز بقيمته
شاة الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة ما لا يوكل لحمه
من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال زفر تجب قيمته بالغة
ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم والجامع الضمان ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة فلما ورد
الشرع بتقديره لا يزاد عليه بالراي لان المقادير تعرف سماعا وان اعتبار قيمته لكان الانتفاع بجلده
اذ اللحم غير ماكول لا لانه محاربته كما في بعض السباع والفيل يعلمه اهل الهند المحاربة بحيث يكسر
العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى
الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا تقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة
الشاة ظاهرا وقوله واذا صال السبع على المحرم اي وثب فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا
بالجمل اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي
عن عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتداناه علل لاهدا بالابتداء فيدل على ان الدافع
لا يجب عليه شيء والا لم يبق للتعليل فايدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه
فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في خطابات الشرع اما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول
عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيده والجواب ان الاستدلال
انما هو بفعله وقوله دراية فيفيده وقوله ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث
الفواسق ووجهه ان قتلها ابيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق
اولى فكان ماذونا بقتله من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه باذنه فان
قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق راسه او تطيب بعذر فهو ماذون
من الشرع ولم يسقط الجزاء فالجواب ما يذكره بعيد هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على
ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه الاية فكان فايدة الاذن رفع
الحرمة لا غير وتحقيقه ان بقاء الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره ولا
يلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الصيد كالضرورة في حلق الراس لان الاولى نادرة والثانية
كثيرة بخلاف الجمل الصايل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد صال بالسيف
على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من المالك واجيب بان العبد مضمون في الاصل
بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة
اسقط حقه كما اذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو

نفسه

نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله وان اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرنا آنفا وقوله والمراد
بالبط يعني المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج
في البطوء ويجوز ذبحه للمحرم والمسرولة بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته
اذا البسته السراويل وقوله نحن نقول الحمام مستوحش بتوهيمه الحمام متوحش باصل الخلقة
ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس عارض فجوابه بالملك ومعناه
الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى
لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا ومات قبل ان يدرك ذكاته لم يحل ولو كان
صيدا لحل واجيب بان مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا ترى ان
البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار والعجز
في الحمام غير موجود لانه ياوي في الليل الى برجه وقوله وكذا اذا قتل ظبيا ظاهر قال
رحمه الله واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا
ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص شيئا انتقل اليه ذلك
الفعل كما في جماعة البناء بان فضا ركانه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز
ان ياكله فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح
يحل له ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه حينئذ
يكون عاملا له واذا كان متعلقا به بقي يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كان لنفسه او لغيره
حرام عليه ايضا عنده ايضا قولا واحدا قلت ارى ان يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا و
وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك لان التقييد في الرواية يجعل
بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم تتم الدعوى وان
كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل
عليه ولم يشر اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تنقص
عن الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الذكاة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس
بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم سماه قتلا دون الذبح والذكاة اشارة
الى انه لا يوجب الحل وهو منهي عنه وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النهي ونوقض بذبح شاة الغير بغير
اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا تحل بذكاة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المصنف اشار
الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا
وبيانه ان الدم نجس للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليحل الاكل وذلك امر متعسر خفي وله سبب
ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه
معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث اخرج الصيد عن المحلية بالنسخ بقوله تعالى وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة
الغير بغير اذنه فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول

وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة قال الامام التمرتاشي هذا
اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما اكل في الجزاء وقوله وقالا ظاهر
وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسايط يريد ان حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة
باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة
مضافة الى الاحرام بهذه الوسايط فكان متناولا لمحظور احرامه فيجب عليه الجزاء ونقض من هذا للجواب
عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه فانه لا يلزمه شيء آخر لانه لم يتناول محظور
احرامه وانما وجب عليه جزاء المحل وهو لا يتكرر وبخاه استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى
جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شيء آخر اجيب بان وجوب الجزاء في
البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما
اصطاده لاجل المحرم يعني بان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء امره بذلك او لم يامره وقوله
تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم يريد به ما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم
فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نايم في حجرته وقال فيم انتم فذكرنا ذلك له فقال لا
باس به وقوله واللام فيما روي يعني ما تمسك به قوله او يصاد له لام التمليك فيحمل على ان يهدي اليه الصيد
دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدى الصيد الى المحرم لا فيما اهدى اليه اللحم لان اللحم لا
يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت ان الصعب
بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرده عليه فلما راى
ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم او يكون معنى او يصاد له يصاد بامره واعلم ان هذا
الحديث روي بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك لهم بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاده غيره
لاجله لانه صار معطوفا على المعنى لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي
والنسائي بالالف هكذا وانما يحصل التمسك به على ما روي او يصد له ليصير معطوفا على الغاية
وهي ضعيفة وقوله وقالوا اي المشايخ فيه اي في شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية
يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني قال
رحمه الله وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها
على الفقراء لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك
استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت
وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي
ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف
وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم فجواز الصوم
في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان
صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء
الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا يناقض ما ذكرت انفا انه يؤدى في ضمن اداء جزاء الاحرام اذا قتل

المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدى في ضمن اداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب
ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك
لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله وما وجب بازاء المحل للعبد ولا يمكن ان يقضي بما للعبد
لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون
والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء
حتى ان حلالا لو اصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لنا ان كل
واحد منهما متلف من جهة احدهما بالاخذ المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على
من ذكرتم نظرا الى الجزاء وهل يجزيه الهدي فيه روايتان احداهما ان الواجب لا يتادى باراقة الدم
بل بالتصدق باللحم فيشترط ان تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح عاد الواجب كما
كان والاخرى انه يتادى بها اذا كان قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يجب عليه
شيء لان الهدي مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق الا يرى ان المضحي
يجعل الاضحية خالصة لله تعالى باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم بصيد قال
في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي فان في المحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم
فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي رضي الله عنه الصيد الذي في يده مملوك وحق
الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته وقلنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ هو
الملازمة بقوله اذ صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن بما روينا
من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد
فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق فلهذا قاس الشافعي
صورة النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر وقوله وبذلك جرت
العادة الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله ولان
الواجب ترك التعرض دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب ترك التعرض
وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك في الملك ليس
بمناف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على ان لا معتبر ببقاء الملك والا لزم الجزاء ارسل
او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه لكن على وجه لا
يضيع بان يخليه في بيته لان اضافة المال منهي عنها وقوله فان اصاب حلال صيدا ظاهر وقوله
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احتراز عما اخذه المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل
بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم وارسله ثم حل
فوجده في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل من احرامه
فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل
سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب فرضا من الملك تركا للتعرض الواجب اجيب لتركه اجابة بقوله لو اخذه

عليه ترك التعرض له لا الاخراج عن ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه يده بالارسال
كان متعديا فيضمن ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف فانه لا ضمان فيها عندهما
لانه آمر بالمعروف ناه عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير اللهو وقوله وان اصاب محرم
صيدا ظاهر وقوله فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد
الآمن والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعد الاخذ
متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرير التعرض والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون نصف المهر لانهم بشهادتهم اكدوا ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج
على ما عرف ثم يرجع الآخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الآخذ انما اخذ بصنعه
ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك
بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خنزير ذمي فاتلفه في يده آخر
فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال
الهلاك به فهو اي القاتل بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة العلة
فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب وضمن الغاصب فان حاصل الضمان مستقر
عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام
ما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتى بها ويجزئ الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به
يحبس عليه وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز
ان يكون في مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا بيده من
الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمن كغاصب المدبر اذا اتلفه
انسان في يده فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر
ابنه فغصبه منه آخر ثم الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس
فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفر ان غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لان خروجه
عن محلية التملك لاهانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحرامه وحرمة
الذمي فيثبت له يد محترمة فيه وان لم يثبت له ملك قال رحمه الله فان قطع حشيش
الحرم اعلم ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما
على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء
والاول من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته
الناس ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان ينبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه
ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع وقوله فان قطع حشيش
الحرم الى ان قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا
ينبته الناس وقوله لا يختلى خلاها اي لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله لانه حرمة

تناولها

تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب خارج
الحرم وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله بخلاف الصيد يعني انه لا يجوز
بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اصلا والفرق ما ذكره بقوله لان بيعه حيا تعرض
للصيد الآمن وقوله والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله وما لا ينبت
عادة الا اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة يعني ما لا ينبته الناس عادة
اذا انبته انسان التحق بما ينبته فكان غير مستحق الامن الحاقا للاجاع بجامع انقطاع كمال النسبة
الى الحرم عند النسبة الى غيره بالانبات وقوله ولو نبت بنفسه يعني في ملك رجل فحكمه ما ذكرناه
آنفا واعترض عليه بوجهين احدهما ان النبات يملك بالاخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك والثاني ان
الحرم غير مملوك لاحد فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى ضمانا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ محمول على خارج الحرم واما حكم الحرم فبخلافه لانه حرام التعرض بالنص
كصيده وعن الثاني بانه على قول من يرى تملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد وقوله وما جف
من شجر الحرم بيان الاستثناء في مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر وقوله ولا بأس بالرعي لان فيه
ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت
الضرورة ولنا ما روينا يعني قوله عليه السلام لا يختلى خلاها وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه
نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل
شفرة كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع وقوله
وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش
من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل ما بال الاذخر يجوز رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف
الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه روي ان العباس لما قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر [illegible] وعلم انه عليه السلام كان
من قصده ان يستثنيه لان العباس سبقه بذلك او لانه اوحى الله اليه ان يرخص فيما يستثنيه
العباس فان قيل على هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فيخص الرعي
بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالفرق
وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي وقوله بخلاف الكماة معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعني انها
ليست بداخلة في المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها قال رحمه الله
وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان كل ما على المفرد دم مما تقدم من الجنايات
فعلى القارن فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده محرم
باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة
واذا اجتمع احرامان في ايجاب حكم واحد واحدهما اقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف
كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب
ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على

المحرم بها جميع ما يحرم باحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع احدهما الآخر فان قيل فعلى هذا يجب ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان و في ساير المحظورات دم واحد لان احرام العمرة انما بقي في حق القتل لا غير قلت جعل ذلك وان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت وعند البعض ان احرام العمرة بعد الفراغ من افعالها لم يبق الا في حق القتل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دماه وقوله خلافا لزفر وهو انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في ساير المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا يرى انه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم احرم للحج بعدما جاوز الميقات كان جايزا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لان من اصله ان الاعتبار للمحل وعنه هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هنا واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزية اذا صدر من فاعلين يضاف الى الكل واحد منهما كملا كما في القصاص وكفارة القتل واما انه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد الآمن والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل احترز به عن محلية البيع بتحريم الشرع كالخمر واحترز به عن محلية الذبح لذلك والبيع في الحرام غير محله باطل وبيعه بعدما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل وقوله ومن اخرج ظبية من الحرم حلالا كان او محرما فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاؤه استحقاقه الامن شرعا وكلما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه ببقاء الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مامنه واجب واما ان كلما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسري الى اولاده فكما في الحرية والرق والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوايد الغصب غير مضمونة والجواب ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد ما لم يكن مانع وصفة المغصوبة تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا يتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب والله تعالى اعلم

قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه بذكر مجاوزة الميقات بغير احرام لان هذا من الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا

الباب

الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة وهو الاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان ونقصانه يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بان عاد الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق وهي ميقات بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا ان رجع محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هنا استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر به ساكتا جاز وعنده بعوده ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صارت موضع احرام فيشترط التلبية هنالك فاذا لبى ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه فانما الكلام فيما اذا ترخص بالتاخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتما احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكر وقوله ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف متصل بقوله وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلاثة اوجه في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفي وجه يسقط به بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرنا وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما ان يعود اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ من الميقات تقديرا وبعدما وقع عنه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئا وظهر لك بما ذكرنا ان قوله فاستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك الشرط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور وقوله فان دخل البستان ظاهر وقوله فالتحق باهله سواء نوى مدة الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما قوله وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن

كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم وقوله ومن دخل مكة
بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك وحج حجة الاسلام
او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب بدخول مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا
بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقط بها
المنذورة كذلك ههنا والجامع ان كل واحد منهما وجبت بسبب غير سبب الاخر فانهما وجب عليه بالدخول
بمنزلة ما يجب عليه بالنذر فان الشروع ملزم كالنذر فحما لا يتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع
فيها وصار ذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بلا خلاف ولنا
هو الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهي السنة التي دخل فيها مكة لان الواجب عليه تعظيم هذه
البقعة بالاحرام لا غير على اي وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء
فانه يجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخوله مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار
دينا في ذمته بمضي وقت الحج فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم
رمضان من سنته نذر فيها دون العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن
لا نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين فينبغي ان تسقط العمرة الواجبة بدخول
مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الاولى اجيب بان تاخير
العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت مكروه صار كالمفوت لها فصارت دينا والله
اعلم قال رحمه الله ومن جاوز الميقات بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلثة
احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما المضي فلان الاحرام عقد لازم
لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة
ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات ينجبر ما نقص من حق الميقات
بالمجاوزة بغير احرام فسقط عنه الدم كمن سهى في صلاته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو
وقال زفر لا يسقط عنه وهذا الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم ففاته الحج ثم
قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظيره الاختلاف فيمن جاوز الميقات
بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه
عندنا خلافا لزفر قال لان الدم لمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب
عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات
بالاحرام منه اي من الميقات في القضاء وهو اي القضاء يحكي الفائت اي يفعل مثل فعل ما فات وهو
الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف
غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه وقوله واذا خرج المكي من الحرم الى الحرم ظاهر
والله اعلم باب اضافة الاحرام الى الاحرام اضافة الاحرام الى الاحرام في حق
المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج
الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة

قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج
وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة اولا فطاف لها
شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق
الافاقي الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع
من يحرم بالحج بعد عمل العمرة ولاكثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان
المكي اذا اهل بالحج وطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام الحج قد تاكد وقيل
التاكد وقبل التاكد كان يؤمر برفضها فبعده اولى وقيد بالشرط يعني الواحد لانه اذا طاف
لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام
بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا
وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الجمع بين الحج والعمرة
في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما ضرورة من الاستدامة على غير المشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونها واقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي
لا غير وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيخير
بالوجهين لا ضرر في قوله وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة احب لمن تهذا بالاتفاق لما قلنا
يعني من الامور الثلاثة وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه
وهو ملبس لا محالة وقوله وان طاف للعمرة اربعة اشواط ظاهر مما ذكرناه آنفا وقوله ولا كذلك
اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما اختلف النسخ ههنا ففي بعضها عندهما وفي بعضها عند ابي
حنيفة وفي بعضها وكذا اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك
قال صاحب النهاية ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكثي الصواب وكذلك يعني النسخة
الاخيرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاول
والثالث فظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل
يكون الاقل معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة حينئذ لانه لم يأخذ حكم الوجود فصار
كانه لم يطف للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذلك في المعدوم الحكمي فقال ليس كذلك فانه
لما اتى بشيء من افعال العمرة فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفع غير المتاكد اسهل وهو
هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الاخر ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة والحالة
هذه يعني والحال انه اتى بشيء من افعال العمرة ابطال العمل اي الطواف الذي اتى به وفي رفض
الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال العمل وقوله معتدا به وقوله وعليه دم بالرفض لانها
رفض يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه لكون الجمع بينهما غير
مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم التحلل ويكون الدم دم جبر لا دم شكر على ما ياتي
فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما فانه متمكن
حيثما تمكن فانما تمكن في احدهما فلذلك لزمه دم واحد الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض

للحجة قضاؤه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه في معنى فايت الحج
يتحلل بافعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بافعالها ههنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين
منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا وان مضى عليهما يعني اذا لم يرفض المكي من نعتاه العمرة
او الحج وانما مضى عليهما واداهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اي
عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي عن العمرة
اذ هي المعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لانها هي الداخلة في
وقت الحج وتسببها وقوع العصيان وفيه نظر وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي في اصول الفقه قيل ذكر المصنف في اول المسئلة ان الجمع بينهما
في حق المكي غير مشروع ثم ذكر ههنا انه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا انه يقتضي المشروعية
فكان التناقض في كلامه واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما في حق الافاقي
وبه يندفع التناقض وقوله وعليه دم واخر قال رحمه الله ومن احرم بالحج ثم
احرم يوم النحر بحجة اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة اقسام بالقسمة العقلية ادخال
احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على احرام العمرة وادخال
احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه ادخل في
كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على
غيره لقوة حاله اذا كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية والكمية
الافعال والاصل في ذلك ان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي يلزمه احدهما والكلام ههنا حوالت في بناء على ان
الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمدا يقول هو وان كان شرطا
للاداء الا انه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء واداء حجتين او عمرتين معا
غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة في الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض في الذمة
بدليل انه يبقى منفصلا عن الاداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة
للصلاة لانها لا تبقى منفصلة عن الاداء الا انه لا بد من رفض احدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه
واما لانه البقاء للاداء لا للالتزام والجمع اذا غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى اداء احدهما
صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما
اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه الى احدهما فانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة
وكذلك اذا احصر في هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
رحمهما الله اذا عرف هذا نعود الى تطبيقها في الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم
احرم يوم النحر بحجة اخرى ان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما
ذكرنا انه التزام محض ولا شيء عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق في الاولى واحرم
بحجة اخرى صار جامعا بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة

او يوجد

او يوجد الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق
وان اخر فقد اخر الحلق في الاولى عن وقته والتاخير عن الوقت مضمون في قول ابي حنيفة ولهذا
قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اي حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة
في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى فذكر اولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير
لما ان الافضل في حق الرجل الحلق وفي حق النساء التقصير وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع
بين ان المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل انه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه احدهما وهو المروي
عن الامام التمرتاشي والفوائد الظهيرية وحينئذ ينبغي ان لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الاخرى
فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان
ومن فرغ من عمرته الا التقصير ثم احرم بعمرة اخرى فعليه دم معناه بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت
لان وقته بعد الحلق للاول ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو
دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم
دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد رحمه الله عن بيان وجوبه للجمع بين
احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان
واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة ايضا يدل على ان مذهب محمد
في لزوم الاحرامين كمذهبهما والا لما لزم عنده شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا
اراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزمه الا احدهما فيستقيم وقوله ومن اهل بالحج اي رفع
صوته بالتلبية ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك
قارنا لانه قرن بين النسكين لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا لان السنة ادخال الحج على العمرة
لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج اخر الغايتين لكن لما يؤد الحج صح
لان الترتيب وجد في الافعال وان فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف
بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروع
بل المشروع هو ان يكون افعال الحج مبنية على افعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال قال في النهاية
والعامل فيها معنى الاشارة في هي هكذا كانت مقيدة بتقييد شيخي وفيه نظر فان توجه اليها لم يكن رافضا
حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل
يعني من اخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة الماخوذ
فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة فمضى عليهما وتفسير المضي ان يقدم افعال العمرة على
افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني
قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي فصح الاحرام بهما وكلام ظاهر وقولهم الصحيح احترازا عما
اختاره شمس الائمة وقاضي خان والامام المحبوبي ان ذلك الدم دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام
فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه اخطأ السنة في بناء افعال العمرة على افعال الحج من وجه فكان
كقران المكي وقوله وليس بظاهر وقوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق او قبل طواف الزيارة

لانه حكم من اهل بها بعد ما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما اوكره
وقوله لزمته لما قلنا يريد قوله لان الجمع بينهما غير مشروع على ما مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع
في حق الافاقي وقوله برفضها قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف فيصير
بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقوله وقد كره هنا العمرة وهو آخر في لزوم الرفض
عليها انه ذكره اشارة الى ما ذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا
خمسة ايام يكره فعلها وقوله وعمرة مكانها اي قضاء للمرفوضة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان
الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق فيها بين المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث
لا يلزم القضاء اذا افسده وهنا يلزم اجيب بان مجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية
وهو ترك اجابة ضيافة الله فهو معرض بالافطار ولا يلزمه القضاء واما مجرد الاحرام للعمرة في هذه
الايام فلا يحصل لان المعصية اداء افعالها في هذه الايام فيلزم القضاء لصحة الشروع فان
مضى عليها اي على العمرة التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة اجزاه
ودليله ظاهر وقوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل التحلل
بالحلق او في الاعمال الباقية يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى ان كلام المصنف على اطلاقه
ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا
حاجة الى قوله او في الاعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان
معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقال
الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل يشبه ظاهره بانه
لا يرفضها وقيل يرفضها احترازا عن المنهي يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه
ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى ظاهر ما ذكر في
الاصل انه لا يرفضها اي لا ينقض من غير رفض وقوله فان فاته الحج يعني فاته الحج وهو من فاته الوقوف
بعرفة اذا احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بافعال
العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفائدته تظهر في حق
لزوم الرفض اذا احرم بحجة بأخرى فعندهما اليه يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي
فيها وقوله على ما مر اراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة لا قوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة
لانه هنا غير مذكور هنالك وقوله فيصير جامعا اي فائت الحج الذي احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين افعالا
فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين
احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل
قبل اوانه **باب الاحصار** لما كان من الاحصار كالجناية على المحرم اعقبه
باب الجنايات باب بمعنى ... يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجة او عمرة واذا
حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم منع عن المضي على اتمام افعال ما احرم لاجله
فان احصره عدو او مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله الاحصار في العدو وقال

المريض

المريض ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ... لان التحلل بالهدي
شرع في حق المحصر ليحصل النجاة بالاحلال والنجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان ما به المرض
لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فانه ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فيتنحى عنه
بشر عدوه ولنا ان الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا
الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالة على الاحصار بالمرض اقوى وفيه
بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق
لهم بورود الاية وسبب نزولها والثاني انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله
عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اهل اللغة اجمعوا على معنى
دل ذلك المعنى ان يكون الاية واردة في الاحصار بالمرض وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة
يعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه استدلال
بمعقول يعني سلمنا لكن نقول سلمنا ان الاحصار وردت في المحصر بالعدو لا فرق بين
الاحصار والحصر لكن المرض يلحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة
الى ما هو جناية على الاحرام وقوله فاذا جاز التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل
للمحصر يقال له ابعث شاة يذبح في الحرم وواعد من يبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم يتحلل وهذا
على قول ابي حنيفة رحمه الله لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال
واما عندهما فدم الاحصار بالحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في
العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب
يخير بين المقام والانصراف قال في النهاية انما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لانه اذا ظن المحصر انه
ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات احرامه لبقاء
احرامه كذا ذكره الامام قاضيخان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف
قربة الا في زمان او مكان على ما مر فدم الاحصار لا يعرف قربة بدونه اي بدون الحرم فلا يقع به التحلل
وقد عين ذلك المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى
الى الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع
حله ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا يراق فيه الدماء
فكان المراد به الحرم وهذا واضح وقال الشافعي لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت
يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ولهذا لم يستحق التخفيف حتى لم يجد الهدي
بل يبقى محرما ابدا ولا نهايته لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك وليس كذلك بالاتفاق
بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان يعتبر الابعد قيمة الشاة لقام
حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق وان لم يفعل
لا شيء عليه لان النبي عليه السلام حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك فان قيل هذا الذي ذكره من

الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما ان مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الذي لا يعقل قربة لغتنا بيانا له
قد يكون دليل الوجوب بخلاف اذا امر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه
فاين دليله اجيب بان هذه المسئلة عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى واجب
والمصنف اورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد
يصلح دليلا لها وقوله ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني ان كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس
فراعي فيه جميع ما ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غيرها
قربة واما حلق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على النصرف
فيامنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة اخرى بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه
الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى من احرام العمرة لم يتحلل عن واحد
منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدي فليهل
بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا
فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما بال التحلل
عنهما بهدي واحد اجيب بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل
فكان قربة تلحق في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة يكفي لصلوات
كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل لا انه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز التقرب به وهو
قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلاة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما
يصير قربة بسبب التحلل عند تكرره فلا يخلو اما ان كان التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول
كان الثاني لغوا وان وقع بالثاني كان الاول جناية فاما الذبح فليس بمحظور فجاز الجمع وقوله ولا يجوز ذبح
دم الاحصار الا في الحرم انما اعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة
في بيان ان دم الاحصار اعرق في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان
لانه مختلف فيه وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر
واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء فبالاتفاق فلم يحتج الى التعليل وربما يشتبه انه بالحلق اذ كل واحد
منهما محلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله بخلاف دم المتعة
والقران جواب عن اعتبارهما الاول النزاع بهما لان اي دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك
يختص فلذا هذا وقوله وبخلاف الحلق اعتبارهما الاول وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل في اوانه وهو
الذي يترتب على افعال ما امر لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت
بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف وهو ينتهي بما هو وقت الحلق لانه وقت يمتد الى طلوع الفجر
من يوم النحر فلا بد ان يقع الحلق في يوم النحر واما الثاني فانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمها
لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الاول قياسا مع
وجود فارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي من غير اشتراط

زمانه فاشتراط بالقياس نسخ **قال** والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة المحصر
بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والمحصر شارع
في الاداء فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفوات تبالاحصار لان كلا منهما قد فاته عرفة فقلنا
بوجوب العمرة واما الحجة فانها يجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة في فائت الحج
للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدي فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا رأي في مقابلة النص كما
روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم
عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا وقوله وعلى المحصر
بالعمرة القضاء يدل على ان الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق في العمرة لانها لا
يتوقت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضوان الله عليهم احصروا بالحديبية وكانوا عمار
صح في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها
من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا
تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الموجود في احرام العمرة
واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل الحج واحدهما فلما بينا يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت
الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها وقوله فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية
ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ فالصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من
وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا ويجب على القارن ان يبعث هديين فانه لا يتحلل بالواحد
لانه ذكر قبل هذا في هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصنف جمع بين روايتي القدوري
والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المصنف
قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال فان بعث القارن هديا والمراد باسم الهدي ما يهدى الى الحرم سواء
كان ذلك بدنة او دما واحدا او ثوبا فكانه ذكر ان الواجب عليه دمان وهما هدي القارن فكانه قال
فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخة بل لو
لو قال فان بعث من القارن دمين فلا منافاة بينه وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخة
الى المحصر كان ملبسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم جنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد
الانواع وليس بمقصود ولا العدد وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم
ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان ههنا وجوها اربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك
الحج والهدي او يدركهما او يدرك الهدي دون الحج او بالعكس والحاصل مذكور في الكتاب ففي الوجه الاول لا يلزمه ان
يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة
فله ذلك لانه فائت الحج قال قيل اذا كان في معنى فائت الحج وجب ان يلزمه التوجه للتحلل بالطواف والسعي
حتما كفائت الحج اجيب بان الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل
وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه ليذبح عنه فله ان يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة ولانه توجه لا يلزمه

قضاء العمرة وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف كالمكفر
بالصوم اذا ايسر قبل اتمام الكفارة به واذا ادرك الهدي يصنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان
عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز له التحلل
وهذا القسم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وقوله
صونا لماله لحرمة النفس يعني كما ان صون النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الحرمة على ما لم لكن
الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف من صون حرمة المال لحرمة النفس مخالف لما قال فخر الاسلام
والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال لجواز ان يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف
مال الغير جاز الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك متبذل غالبا في
مماثل المالك المتبذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما القيام عصم صاحبه فيه
والى هذا اشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات
والا لارتفع التشبيه وقوله وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له الخيار ان شاء
صبر الى ان يتحلل عند الهدي في الميعاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك لزوال العجز وهو افضل
لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات
وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم على النساء حتى يطوف
الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم
لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير الطواف والحلق شيء فان قيل قد تقدم
ان ازدياد مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه اجيب
بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل
وقوله ومن احصر بمكة ظاهر وقوله فلما بينا يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا قوله وقيل
قيل في هذه المسئلة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ما ذكر
علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمه الله قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون
محصرا فقلت اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار
الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف واما انا فاقول اذا غلب العدو
على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف والصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف
والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله لما اعلمناك
من التفصيل **باب الفوات** معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المركب من المفرد
لان الاحصار احرام بلا اداء وفي الفوات احرام واداء فلا جرم اخر تاخيره قوله ومن احرم بالحج وفاته
الوقوف ظاهر وقوله ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اي نافذا لازما لا يرتفع برافع فيصير احترازا
عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المراة في التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج ان
يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة او احرم مجامعا فان
حكمه حكم الصحيح وقوله لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين منقوض بالمحصر فالظاهر ان قوله

للخروج

للخروج عنه كما تقدم واجيب بانه بنى الكلام على ما هو الموضوع ومسئلة الاحصار من العوارض فثبت
بالنص وقوله كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين الحج والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك
ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو معينا شيئا فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء احد النسكين لكنه تعين
في الشرع وهو العمرة لانها اقل افعالا واليسر موقتة وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فيتعين عليه
العمرة فكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام باعمال العمرة وقوله ولا
دم عليه يعني عندنا خلافا للشافعي فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال
العمرة وكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الاخر
لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الاخر واما يقدر عليه وقوله والعمرة لا تفوت اي لانها غير
موقتة وهي جائزة في جميع السنة يدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان
عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها
بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اعتمر في ذي
القعدة اربع عمر الا التي اعتمر مع حجته واما كراهتها في الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي
لا يكره وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله والاظهر من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة
قبل الزوال وبعده وقوله والعمرة سنة اي سنة موكدة وقوله ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية
غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا
بموقتين وبالصوم فانه يتادى بنية غيره وهو فرض واجيب بانا قد قلنا ان كل ما هو غير موقت
ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من اوقات العمر اذا وقع فيه اسقط الفرضية والايمان
فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير
موقت وصوم رمضان ليس كذلك واقول منشا هذا الاشكال الذهول عن كلام المصنف
فانه جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها امارة واحدة واشار الى
ذلك بقوله وهذه امارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه شيء اما الايمان فلانه لا غير ثم حتى يتادى بنيته
اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين
وقوله وتاويل ما رواه يعني قوله عليه السلام العمرة فريضة انها مقدرة باعمال كالحج او لا يثبت الفرضية مع
التعارض في الاثار فان ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة واذا تعارضت الاثار
لا يثبت الفرضية فانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة
لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة ولعله بالاتمام والامر للوجوب اجيب بان القران في النظم لا يوجب
القران في الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وان كانت في
الابتداء سنة وقوله وهي الطواف والسعي ظاهر **باب الحج عن الغير** لما كان الاصل
في التصرفات ان يقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بان يوضع في باب على حدة واعلم ان من صلى
او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة وقال بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تعالى
وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى وهذا ليس من سعيه ولان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره

لانه ليس بمالك لها وقلنا ان جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير وله ولاية ان يصير ساعيا
لغيره وان يجعل استحقاق الجنة لغيره واذا ظهر هذا فقوله الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله اشارة الى ان ثواب الحج للآمر وعمل المأمور كذلك فاما نفس الحج فهل يقع عن الآمر او عن المأمور فنذكر
بعد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله بكبشين املحين يقال كبش املح فيه ملحة وهي بياض
تشوبه شعرات سود وهي لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة اي حالتي الصحة
والمرض لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله لا يحصل به اي بفعل النائب وقوله وهي
المشقة ينتقض لما يعطي ان المركب يلحقه المشقة عند فعله بنفسه يلحقه ايضا عند فعل غيره اذا
كان بماله والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا
المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما وقد احج عن نفسه ثم زال عنه العجز
كان قادرا على اصله في وقته وذلك يبطل النائب فان قيل القدرة على الاصل يبطل الخلف قبل حصول
المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب انا
لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بان الحج مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة
والاخر لا يحتملها فعملنا باحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالاخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا
لكونه وظيفة العمر ان يكون العجز دائما الى الموت واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط
العجز الدائم لتخلفه عنه فان شرط جواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر
والجواب ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فمن كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا
يلزم ان كلما شرط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل يجوز الانابة ظاهر وظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك يشهد الاخبار الواردة في هذا الباب فانه صلى الله عليه وسلم
قال للخثعمية حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة افحج عنه قال حجي
عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج يعني المأمور وللآمر ثواب النفقة وصار انفاق
المأمور كانفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية يحصل العجز عن
فعله وكلما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قام
الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية تثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب
انه ملحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محض فلان يقوم
مقام ما هو مركب من البدن والمال اولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتأخرين قال
ومن امره رجلان صورة المسئلة ظاهرة ونبهت صورة ان الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول
قوله فهي اي الحجة عن الحاج ويضمن النفقة ودليله لان الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى
ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقرير الكلام ويضمن النفقة لانه
خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج حينئذ يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن
حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور فكان هذا التعليل تعليلا
لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين

ولا اقال

ولو قال ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا ويضمن النفقة لانه انفق منها لهما لانه صرف نفقة
الامر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان هذا استدراكا وقال بعضهم زلت فيه اقدام الشارحين حيث لم
يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى ونقل تقرير الكلام
كما نقلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع كان اولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل
والمدلول بان يقال هي عن الحاج اي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ويضمن النفقة لكل واحد منهما لانه
انفق من مالهما لان الحج المردد في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج به عن حجة الاسلام
ولكن كل واحد من الامرين امر بان يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك فلما وقع عنهما جميعا خالف الامر فوقع
الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا ازيد على الحكاية فليتأمل فيه واقول تقرير كلامه
في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج به الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه
عن الآمر لان الآمر شخصان وكل منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الاخر فلا يقع
عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المأمور لكن في كلامه اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج
واما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن ايهما شاء كما
اذا اهل عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي
بعدما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم الاحرام ظاهر وقوله لان الملتزم مجهول
مجهول معناه ان جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق فهي مانعة الا ترى
ان الاقرار بالمجهول للمعلوم جائز دون عكسه ووجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا
ولذلك صحت تقديمه على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفى به اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشرط
يراعى وجوده كيف ما كان الا ترى ان رجلا لو توضأ للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود
الاصلي هو اداء الافعال والنص في ابتدائه ممكن لانه يقع على ما عين لا على الابهام بخلاف ما اذا ادى
ثم عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيئا قال فان امره
غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم رجل امر رجلا ان يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور لانه
وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت
منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور وفيه نظر لجواز ان يكون المأخذ
في كون الدم واجبا على المأمور لانه نسك كسائر المناسك وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا
لا لكونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك
لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بمنفعة القران لسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران
وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه
وجب شكرا الخ وانما قيد بقوله واذنا له بالقران لانه اذا لم يأذناه بذلك لا يجوز له ان يجمع بينهما
فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد باذنهما فانه
لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا واجيب بانه انما خالف عند عدم الاذن خالف الى ما هو خير وهو
القران لانه افضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائرة واجيب بانه اذا اذنا له بذلك كان مما يوهم انه ضرر

مرضى فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم ياذنا فانه ازال الوهم بقوله واذنا له بالقران وبان تخيير بين القران
انما هو بالنسبة الى الجابر بين النسكين لا الى الامر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنده
ابو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح واعترض على قوله ان الامر هو الذي
ادخله في هذه العهدة بان الامر اذا امر بالقران فهو الذي ادخل المأمور في عهدة الدم ولا يجب
عليه واجيب بان دم القران نسك وقد دفعوا الامر النفقة بمقابلة جميع ما كان من النسك
وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الامر ايضا وقوله لانه
صلة الصلة عبارة عن اداء مال لا يكون في مقابلة عوض مالي وقوله وغيرها يعني التبرع والكفارات
وقوله هو المامور به اي الحج الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا افسده لم يقع مامورا به وكان واقعا
عن المامور فيضمن ما انفق على حجه من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط
به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد وصار الاحرام واقعا عن المامور والحج الذي
ياتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المامور ايضا وقوله لما بينا اشارة الى قوله
لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ومما ذكرنا علم ان الدماء ثلثة انواع دم نسك كالقران والتمتع
ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المجهز
يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية
وجدت منه واذا كان دم ما يتركه واجب خصوصا الذي تركه كان واجبا فلهذا ما كان سببه الدم عليه
الا دم الاحصار فانه في مال الامر في قول ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
وهو الجاني عن اختيار قال ومن اوصى بان يحج عنه صورة هذه المسألة رجل له
اربعة الاف درهم اوصى ان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه
فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يحج عنه بثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يحج
بثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يحج بما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلثمائة وثلث وثلثون
وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يحج مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها اولا بطلت الوصية
وان بقي منها شيء يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو افرزها الموصي ثم
هلكت بطلت الوصية فكذلك هذا ولابي يوسف ان الوصية محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة ان قسمة
الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى
ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا هذا ما يتعلق
بما يحج به واما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض
بان الحديث الذي استدل به لابي حنيفة ظاهر متروك لانه يقتضي ان يكون غير هذه الثلثة من
الاعمال منقطعا وليس كذلك لانها سابع عليها وما هو كذلك لا يكون منقطعا واجيب بان
الاعمال كلها على ثلثة انواع اعمال عملها فمضت واعمال لم يشرع فيها فهي حينئذ معدومة واعمال
شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع اما الاول فلان المنتهي لا يحتمل الانقطاع

لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا
لان الانقطاع عبارة عن تفرق اجزائه والماضي وجد جميع اجزائه لا يتصور ذلك فيه ولذلك
الذي لم يوجد بجميع اجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة عما استدلا به من
الكتاب والسنة فهو انه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب مسوق لحكم الاخرة
والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الاخرة كما اذا
نوى الصوم في رمضان وصام ما لم ينتصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفدية صوم هذا اليوم
كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا في الاخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا ادركه
في خلال الصلاة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي رويناه قال في
النهاية ثم تاخير تعليلهما عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون قولهما مختار المصنف لما ان قولهما استحسان
وقول ابي حنيفة قياس والماخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان وقوله على ما قررناه من قبل يريد به
قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لا اصلها الى ما خرج واسلاما باب الهدي لما كان ذكر
لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل
ولما لم يحل جوابه عن ذكر هذه الاشياء اخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء وكلامه واضح وقوله ولانه اعلى
انواع الارتفاقات فيغلظ موجبه وقوله فيجوز الاكل من هدي التطوع يعني للمهدي والاغنياء
اذا ذبح في محله على ما نذكره واما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله وصح من المرقة اي
شرب وقوله ويستحب له ان ياكل منها لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب
ولو ذكر الاستحباب اولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه وقوله لما روينا اشارة
الى قوله عم اكل من لحم هديه وانما انث الضمير في منها للرجوع الى الهدي المتعة والقران والتطوع وقوله
وكذا يستحب ان يتصدق ظاهر وقوله عم لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا
اغنياء وقوله ولا يجوز ذبح هدي التطوع ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا
البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التي تنحر هنا
وقضاء التفث مختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك واعترض بان ثم للتراخي فيجب ان يكون الذبح قبل يوم
النحر وقضاء التفث فيه واجيب بان موجب ثم في التراخي يتحقق بالتاخير ساعة فلو جاز الذبح
قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك وقوله ولانه دم نسك اي كل واحد منهما دم
نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالاضحية وقوله ويجوز ذبح بقية الهدايا ظاهر والفجاج
جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم يعني
بعدما ذبحها في الحرم وقوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها الى عرفات وقوله على ما ذكرنا اشارة
الى قوله لانه لما وجب جبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به وقوله والافضل
في البدن النحر ظاهر وقوله قيل قياما وبالوجهين يعني نحر الجزور وكلامه في الباقي واضح وقوله فنحر سبعا وستين
النسع بالتشديد كلما بين عقدتيه وقيل بعض وعن المبرد انه من ولاية المثلثة والنضح الرخو الذي
ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد وقوله ومن ساق هديا فعطب ظاهر واعترض بانه لا يكون كاضطب النفقة

فان عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادتها اذا ضلت الشاة المشتراة للاضحية لو اشترى غيرها
ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحهما واجيب بان ذلك فيما اوجب الفقير بلسانه على نفسه فكل واحدة
من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شئ بخروج الشرع للاضحية قال في
فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذا العضباء والعضب
الكبير هو ان يذهب اكثر من ثلث الاذن عند ابي حنيفة وعندهما ان يذهب اكثر من نصفها والعطب
بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة قربت الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا
بما قال اولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر
بفتحتين اللحم الذي ياكله السباع وقوله على ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد
الشاة غير معتاد وليس بسنة   من عادة المصنفين ان يذكروا في اواخر
الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفوائد ويترجمونه
بمسائل منثورة او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم تدخل في الابواب وصورة المسئلة ان يشهد
قوم انهم راوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا تقبل الشرع
وقوله وكذا اذا شهدوا عشية عرفة صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يجتمعوا بعرفات عشية
عرفة وقالوا راينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية
الليل مع اكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد
تعذر الوقوف صار كانهم شهدوا بعد الوقت فلا يسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن
لا يلحق الضعفة فان وقف جاز وان لم يقف فاته الحج لانه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر
الاكثر دون الاقل ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف
ثم جاء بعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى باصل الرمي في وقته وانما
ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا وان عاد الجمار الثلث فحسن لما فيه من مراعاة
سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق ان الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك فان اعاد على
الحطيم وحده اجزاه وان اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل
لانه شرع مرتبا فصار به الثاني كالجزء من الاول بدليل انه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق
فيما بينها فصار بترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف والابتداء بالمروة قبل الصفا وكذا
الصلوات فان كل واحدة منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل
جمرة قربة مقصودة بنفسها لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج اصل فكان
ما شرع فيه اصلا ولا يتعلق جواز البعض ببعض الا يرى انه لو عاد جمرة ما كان مؤديا لا قاضيا
بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله
لا تجزيه اي لان السعي دون الطواف يعني احط منزلة من الطواف لان الطواف قد يكون ركنا
كطواف الزيارة او من جنس المفروض كطواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان
دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف وقوله والمروة عرفت منتهى السعي بالنص وهو قوله عليه

السلام

السلام ابدءوا بما بدا الله بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فلا يتعلق
بها البداءة قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر الحج ماشيا وجب عليه ان لا
يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وخير في الاصل يعني المبسوط بين الركوب
والمشي بعد النذر لان الحج ماشيا يكره وراكبا افضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان مخيرا
قوله وهذه اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب
لانه اخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع وهو الاصل اي
الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لا يتادى ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال
صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال
كل حسنة بسبعمائة وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لبنيه عند موته ما اسفت على شئ كما
اسفت على اني لم احج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال ياتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر
بالصوم متتابعا لا يتادى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في المشروعات
المفروضة او الواجبة وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة كره المشي في طريق الحج فما وجه ما ذكره في
الكتاب فانه يناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة
وامكنه المشي الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفة ما كره المشي مطلقا وانما كره
الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهي عنه وقوله وافعال الحج
ينتهي بطواف الزيارة يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي الجمار وغيره من افعاله
وقوله ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكر في شئ من الكتب من اي موضع يبتدئ واختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ
من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الائمة
السرخسي ومال اليه المصنف وقال لان الظاهر انه هو المراد يعني انه هو المتعارف والعرف يعتبر في
النذر فاذا ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن
عامر الجهني رضي الله عنه انه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية
فقال عليه السلام ان الله تعالى لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتحج راكبة ولتهد شاة وفي بعض الروايات
ولتهرق دما وقوله قالوا يعني المشايخ كانه بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير روى
الامام فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر انه قال انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب وقوله ومن باع جارية محرمة ظاهر وقوله
وكان للبائع يعني على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن للعبد في الحج
فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا ان المشتري له ان يحلله لان الاحرام لم
يقع باذنه وقوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخه جواب عن قياس زفر وانما لم يكن له ان يفسخ
اذا كان باذنه لما ان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وانه
يتم بملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به باذنه
والمشتري قام مقامه بعد الشراء فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجارية

حقان حق الله في الاحرام وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله لغناه وقوله
وذلك في بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير او يجامعها يعني قال للمشتري ان يحللها او يجامعها
وباقي كلامه ظاهر وهذا آخر العبادات والله اعلم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات
شرع في المعاملات وابتدا من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهر في وعيد
من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من الاحكام الشرعية مثل ما اتفق في النكاح
من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهر
واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذلك غالبا الا ببقاء
النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما عد من المباضعات
الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي
الطبع بل يؤجر عليه بخلاف ساير المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء ثم قيل للتزويج
نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع
البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لانه لا ينعقد الا
به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام
الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهو امراة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول
كما في ساير العقود والايجاب هو المتلفظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت
الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب
لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال
مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب
والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي وقوله يعبر بهما اي بلفظين يعبر بهما عن الماضي
لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون وانما اختير لفظ الماضي
للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج يطابقه او لا يطابقه ليدل على التحقيق والثبوت
فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح وقوله وينعقد
بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح
والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة
او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين
وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج
للتلفيق يقال زوجت بين فردين ولفقت احدهما بالآخر اذا لامنت بينهما بالخياطة
والنكاح الضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة
بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا
صادفت محل المتعة لافضائها اليه ومعلوم ان المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز قيل وقوله
في محلها احتراز عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست محل

لملك

لملك المتعة واعترض بانه ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح
به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لا محالة بل من حيث ابطال ضرب
المالكية لها لمواجب النكاح من طلب القسم وتقرير النفقة والسكنى والمنع عن العزل حينئذ
للمنافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة وقوله وينعقد بلفظ البيع يعني بان
تقول المراة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشراء بان قال الرجل
لامراة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول ابي بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح
ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احتراز
عن قول الكرخي انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة بالحقيقة وان جعل في حكم
العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فآتوهن اجورهن وذلك دليل على انه
بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا
مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة وقال المصنف لانه ليس بسبب
لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله
ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجب ملكا اصلا فان من
احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب
الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان
انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين
عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول اما اشتراط الشهادة فلقوله
عليه السلام لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر الواحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به واجاب فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة
بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون
الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهرا العقد لم يصح
لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان حصل بحضور الشاهدين
حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية
واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء
وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبيد
اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحالة واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة
ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك
اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف لانه لا شهادة
للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به
الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفت الشاهدين انما كانت تعظيما

ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الحكام ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل و
وامرأتين خلافا للشافعي رحمه الله ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات وتحقيقنا بحثناه في ذلك
وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الشهادة من الكرامات لانه
في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير الزاما له لاتحالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته
دليليتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه
تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على
نفسه لان له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من
هو اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه
ولاية قاصرة فلا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى
غيره اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية يعني لانه لما لم يحرم
الولاية على نفسه لم يحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على
غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة
على الاداء وفيها الاكرام فلان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا
كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا
اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يوهم
ان يكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء
مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو وكان احسن لا يقال يجوز ان يكون مرتبا على مقلدا
بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب
ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عار الضرر واخص
اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف في الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف
فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكان الولاية قاصرة لكان اسهل تاتيا وينعقد
بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لا اداء
فان قيل النكتة المذكورة في الفاسق اولا تقتضي ان يكون للمحدودين في القذف شهادة متعدية
ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي
لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان معذرة عن عدم قبول شهادة المحدودين في القذف
بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق
الذي ذكرته في الفاسق اسهل ماخذا والله تعالى اعلم قال رحمه الله وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح
شهادة وهذا ظاهر لانا لا نريد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم
وهذا بالاتفاق فكانهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات

الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكلما شرطت
على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبين المصنف
المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال الانعقاد اما
ان تكون لاثبات ملكها المتعة عليها بانه لخطر المحل او لاثبات ملكها المهر عليه والثاني منتف لانه
المهر وان ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء انه
لا شيء يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت
الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها وشهادة اهل الذمة
على الذمية جائزة قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة في النكاح
شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلا
ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا
فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس
متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر حكما لكون الوكيل في باب النكاح
سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم
حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب
يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور الى الامر حكما وانما يحتاج
اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة
جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان الشيء
انما ينقل ان لو تصور تحقيقا واقول ارى انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك
التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امره به لان الوكيل
سفير ومعبر وكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه الحكم
ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة
وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز
مع امكان ان يجعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدان كما لو باشر المولى تزويج
العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى ينتقل
مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فيبقى الوكيل على حاله فرجا بخلاف ما اذا باشر المولى بحضرة
العبد فان العبد هنا لا يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح
بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العقد
لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا ان الشيء
انما يقبل اه لو تصور تحقيقا والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج
الى ذكرها في فصل على حدة واسباب حرمتهن تتنوع الى انواع القرابة والمصاهرة والرضاع

والبلوغ وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلاث
وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة
هي الاصل يقال لمكة ام القرى فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة
والمجاز او ثبتت حرمتهن بالاجماع وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا
كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة
كن او غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة وتحرم ام امراته كانت مدخول
بها او لم تكن لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امراته التي دخل بها لثبوت
قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا قال المصنف
لان ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فان العادة تكون البنات
في حجر زوج امها غالبا اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا في موضع الاحلال
بنفي الدخول ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم
فان الاباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين
وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة
عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا
او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل و
والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم يوجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او
يقال لم توجد علة الربا وليس بقوي وتحرم امراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فان
دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء والاجداد
كما تتناول الام الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع
وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى وتحرم امراة الابن نسبا ورضاعا وبني اولاده
لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل
بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو
الفرع فكانه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه او بالاجماع
فان قيل قوله تعالى من اصلابكم يابى ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال
حليلة الابن من الرضاعة والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون
وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا
التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله
تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم

من النسب

من النسب هذا ما يتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك يمين وطئا لقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وسرّ حكمهما الكل امراتين لو فرضت احداهما ذكرا
حرمت الاخرى عليه لعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب والرضاع ومن له امة فتزوج اختها
جاز سواء كان وطئ الامة او لم يطاها لانه صدر من اهله وهو واضع مضافا الى محله لان الاخت
المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لا ينافي نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطاها بعد ذلك
وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطء
احداهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تجعل
المنكوحة موطوءة وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك
واجيب بان نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد ثبوت حكمه
وهو حل الوطء فلا يكون وطء الامة مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم
الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطء قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع
يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء
لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا يرى انه يحل لزوجها ان يغشاها فحل له ان يطأ
المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة
ليست موطوءة حكما قوله فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما قيد
بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيئا
من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية وقوله لان نكاح
احداهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى
التنفيذ يعني الى التصحيح في احداهما بغير عينها لعدم الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت
مع الجهالة او للضرر يعني في حقهما لان كل منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق
وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها
فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق واجيب بان الفارق تمكن الزوج ثم من دعوى ثلاث منهن جاعيا منها
لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من ذلك فلا يتمكن من دعوى
النكاح في احداهما عينا الا بالتعيين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب
للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب
المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتعذر كلام المهر للاولى منهما لما قلنا
وليس احداهما بكونها اولى اولى للجهل بالاولية وفي بعض النسخ بالاولوية فيصرف اليهما وقوله
وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى
واما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق للمجهول لا يخلو
من الدعوى او الاصطلاح ليقضي لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر
وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي ... رحمه الله

ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها
لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها
رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة
وابن عمر وابو سعيد وعبد الله بن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى الاشعري وسمرة
بن جندب وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد
بصيغتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما
في النكاح ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين
المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر
هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان
نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح
الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين
لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور تجوز الزيادة
على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه
ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث مخصص له ما جاز لاصطلاح
على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب
عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ لفظ فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الخاص وارادة
العام مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما آية تطرق اليها الاحتمال
بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم بتقدير
تاخره الا بتكرار النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ثانيا ولما ذكرناه ولا بأس من بسط العبارة في النهاية
فهذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين اي كانت القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج الاخرى ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة النص
الذي كنا نبحث فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها حرام لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو
موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين كما قدمته
وهو اولى وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله
عليه السلام يحرم من الرضاع الحديث وقوله ولا بأس بان يجمع بين المرأة ظاهر ونسب في المبسوط
قول زفر هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يصور ذلك من كل جانب حتى كما كان في الاختين
كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل
وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي رضي الله عنه وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب
الجمع قال رحمه الله ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها لما فرغ من
بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا وذكر الخلاف قال الشافعي
الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور

لانتفاء

لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطء سبب الحرمة وتقريره الولد جزء من هو
منهما والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطء
فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى
كل واحد منهما كملا يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وتصير
اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة
لانها حينئذ جزء الواطئ اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعدما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا
للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء
حرام فلان اول الانسان ادم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثني
موضع الضرورة وهي امرأته وقوله والوطء محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة
المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور وبيانه ان الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر
المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب
للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة لا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم
اتصافه بذلك لا يقال والمعصية ان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه اصله لا صفة
نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطء في
اثبات الحرمة كالوطء في اثباتها قال الفقيه ابو الليث تاويل المسألة اذا صدق الرجل المرأة انها
مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم
عليه امها وبنتها فان قيل ذكر مسألة الدواعي تكرار لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة
عند الشافعي فلان لا توجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مقصورة في
الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال ايضا لان مسته امة مولاها كذلك عينا ما لم نفرق بين الحلال
والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم له في الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس
والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس
والنظر سبب داع الى الوطء والسبب الداعي الى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا
وجدنا صاحب الشرع مع ما اعتنا في حرمة الابضاع على الاديان انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع
مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول
الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
ليس مبنيا على حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا
قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج
المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك
انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا في ان النظر الى الجمال الحلال في الملك

وغيره خلاف وماله هل يكون داعيًا الى الوطي دعوة النظر فكذلك اليد او لا لانه الا قابلا بذلك الا ان يكون باو
وعرق المس بشهوة بان تنتشر الالة بعينها فلم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارًا اذا
كانت منتشرة قبل ذلك وقوله هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من
المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار
المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع
فان كان شيخًا او عنينًا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد ان
كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الالة
وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة
وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به
شمس الائمة الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب
زيادة حرمة لا توجب خللا فيها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي
والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المراة في غير ماتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر
لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر المفضي للجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي
المس بالانزال غير مفض الى الوطي والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا
يوجب الحرمة بالانزال ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال
فان انزل لم تثبت والا ثبتت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط
ما يثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا
لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن
كالطلاق على مال او ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال
اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت
الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية
فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المراة
بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه فان هذه كلها ما دامت في العدة لا نزاع في بقائها وهذه الاحكام
سوى النفقة والولد فروع مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو
باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متاخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز
نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا
لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق فانه قال معتدة
عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يلزم الولد للزوج اذا انكره
ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى يثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطي
في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك
بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه

لحل

لحل اذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطي
في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج
والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا ببقائه في حق التزوج بالاخت
احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين قال رحمه الله ولا يتزوج المولى
امته ولا المراة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله
فما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا لثمرات مشتركة بين المتناكحين
يعني انه كما يجب للمتزوج على الزوجة حتى تقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ووجوبه
شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حتى تقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة
والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان
النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة
لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض
بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المراة مالكة بجميع
اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل
ان يقول المراة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد بالنكاح
على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا
للمولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزائها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي والجواب
انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه فانها تقدر على تكافئه بالخصاء والجب من غير ضمان الجميع فكان
العبد مملوكا من حيث فرضية مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة
القياس من الاية فبانها نسخت بقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب
الله تعالى المولى بانكاح الاماء بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت لا ينسخ
فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى
البيان بيان ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف
اي العفائف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا
لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم
الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من
بعد يعني بعد اسطر حيث قال ويجوز تزوج الامة ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان
باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف ولا يجوز تزوج الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من يعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب
مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه

عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين
تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا
بقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب
بقوله ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن
الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون
استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين
وسرى ذلك الى الفعلية ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك
اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة
وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قلت فما تقول في تاويل ابن عمر لقوله والمحصنات من المؤمنات
باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا ناخذ به لعل ابن عمر اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية
ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة انه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك

قال رحمه الله ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابية
من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب
وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين
وقوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه ان انكحتهم صحيحة عنده خلافا
لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده ووقع عند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب
يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع
عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذن لا خلاف بينهم
في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا لا
تجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام
وقال الشافعي لا يجوز وتزويج المحرم وليه على هذا الخلاف له ما روي عن عثمان بن عفان قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روى ابن عباس انه صلى الله
عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح فان
قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فحسن ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطي اذا كانا [illegible]
قلت ما رواه محمول على الوطي اي لا يطأ ولا تمكن المرأة ان تطأه كما هو فعل البعض فكان القياس
بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي
لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على
الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة
فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده يجعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة
لانه في دفع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية
لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء

المانع

المانع الذي ابداه وهو تعريض الجزء على الرق لانه في الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن
تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية
الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة
وبتزوج العجوز العقيم فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج
امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه
الشافعي ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق والضيعة
عنه وهو لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت
فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر
فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تلوتم فهلا جوزتم
نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزناه هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي
وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذي اشار اليه المص
بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعم على ما نقرره في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام ولا علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذي يبتني عليه عقد النكاح
نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد
ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولكنه
اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف
باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلاثة حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال
المقارنة ولكن للحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على
الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متأخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت
بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتأمل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها
لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها
فجاز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن
او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما
من فرق بين هذه المسألة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه
كابي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا
بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما ههنا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح
نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال الناقصة الحال على الكاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل
ان يقول نكاح الاولى قائم ما دامت في العدة او لو فات كان الاول ورد عليهما هذه المسألة [illegible]
فتلك المسألة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره

قال رحمه الله وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللعبد ان يتزوج اثنتين ...

او منهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يجوز اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى
وثلاث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول
وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك
لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم
ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول
وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عليه السلام نص على العدد مع
كلمة الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بان
معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الادمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال
من سال عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع وثمانية
عشر لما ان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة لعنهم الله في التسوية بينهم
وبين افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة او ازديادهم عليه فان منهم من ذهب
الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر
على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة
عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم
ينقل عن احد في حياة النبي عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة
نكاحا وقال مالك في الامة لا يتزوج الا امة واحدة لان نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده
كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلوناه يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء
ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق
النكاح كالحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن عنده كالحر في حق النكاح لما
ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير
اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجيء في الطلاق وكما وعد المصنف فيتزوج العبد اثنتين والحر
اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها
تملك طلب القسم ويتنصف قسمها وقوله فان طلق الحر ظاهر وقال رحمه الله فان تزوج
حبلى من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان كان الاول فالنكاح باطل
في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وقال
ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت النسب انما كان لحرمة الحمل وهذا
الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت
النسب بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من
كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لكانه

قوله

قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل
وطؤها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة
الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله و
والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل
بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان
تسبى الحربية حاملا فتريد بالسبي ان يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت
فكان الماء محترما واجب الصيانة ولذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه
فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لوجود حقه وهو صيرورة المراة متعينة لثبوت نسب الولد
منه وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في
المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حاملا ايضا اجاب بقوله الا انه غير
متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل
مانع في الجملة وكذا الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل اذا كان غير متاكد ينتفي الولد
بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال
لجارية له ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقيين واذا
انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة
انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال
رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين
المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفاسد هناك الباطل ايضا على ما ذكر في اخر الكلام
وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحصيل المقاصد من حل الاستمتاع
للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك ولان الحرمة في المتقدمتين اهون
اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية فلذلك على ما روى الحسن
عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جاريته
ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد
لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون
الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فقال انه اراد به الاستحباب
صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها
قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل
بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما فاذا احتمل ذلك ثبت التنزه كما في
الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون
مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل ظاهر والحكم بجواز النكاح في مثله امارة
فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر

بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب والا فقدم الاستحباب وكان
حقه التاخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب
اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب
ومن تذكر ما سلف من المسائل تفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغنى
عنها بما تضمن كلامه فيما سلف وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء
بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا
لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها وقيل
ينبغي ان لا تحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض
الاحتمالان لان احتمال وجود الحمل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوي الاصالة
هنا بعد حرمة صاحب الماء قال رحمه الله ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره
في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لاتمتع
بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو
جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا
قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما
روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا
ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله صلى الله
عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فجئت انا وعم لي الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته
وقالت هلا بردة كبردة هذا او شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما
اصبحت اذا منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس
عنها ثم اجمعت الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة
والاجماع مظهر لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع
وقد كان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس
ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك
نظر لانه روى الحديث في الموطأ عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في
المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريبا او بعيدا وان سمى صداقا وهذه المتعة واقول يجوز ان يكون
شمس الائمة الذي اخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا
يكون واجبا العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج
امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود
لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق وقد ذكرناه آنفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح

الموقت من ذكر لفظ التزويج او النكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت
شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه
اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لتحصيل مقاصد النكاح
وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون
الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة
وقوله ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد
انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا
لانه في معنى التابيد وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة
فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التابيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل
المتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة وفي هذا المعنى المدة القليلة
والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان
النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان
الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى
الشهر لا يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في
النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التاقيت لم يبق بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة قال
رحمه الله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة هذه المسئلة من الاصل من المبسوط وصورتها
ظاهرة ومسئلة البيع تاتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثلهما يعني اذا كان المسمى
الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما
اصاب حصة الاخرى يجب عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين
فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خاطب
امرأتين بالنكاح على الف فاجابت احداهما دون الاخرى ولابي حنيفة ان ضم ما لا يحل الى ما يحل
في النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه فان كل واحد منهما ليس محلا للنكاح ولو فعل ذلك لو سمى كان
المسمى كله للمرأة فكذلك ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما قد استويا في الايجاب
حتى لو اجابتا صح نكاحهما جميعا فثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم
تكن محلا للنكاح اصلا ولم تدخل تحت العقد وجب ان يجب الحد ان دخل بها ولا يجب عنده اجيب بان
عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها هذه المسئلة من
الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ
عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين
والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى واما في الاملاك
المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف فيه
روايتان في رواية الحقهما بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيها الى الايجاب والقبول وفي الاخرى

لتعلقها بالاملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي اخطأ الحجة
اذ الشهود كذبة والخطأ في الحجة يمنع عن النفوذ باطنًا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي ح
ان الشهود صدقة عند القاضي اذ القرض انه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذا الشهود هي
الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر باطن لا يعلمه الا الله تعالى
فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلًا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرًا او باطنًا
بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فاذا قبل القضاء الظهار ما كان ثابتًا الا اثبات
ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتًا فكيف ينفذ القضاء باطنًا اشار المجواب بقوله بتقديم النكاح
على القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك وقطعًا للمنازعة
فيحل له ان يطاها ليلا تنازعه في طلب الوطء ثانيا وسألني بعض اذكياء المغاربة حين قدم
مصر حاجًا سنة سبع واربعين وسبعمائة عن هذه المسألة طاعنا في المذهب وأجبته
بقولهم هذا قطعًا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فليطلقها فانه تخلص عن
المنازعة من البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل فقلت تعني بالطلاق طلاقا مشروعًا او غير
مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع وتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة
واما مَنّا في هذه المسألة على رضي الله عنه فانه روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي
واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه
فقال علي شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند
طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة
الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي اشتراط
حضور الشهود عند قوله قضيت عملًا بقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض
مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي وآخرون منهم قالوا انشاء النكاح
لا يثبت مقصودًا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا يراعى شرائطه التي
تثبت بها لو كان مقصودًا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وهو الجواب عن سقوط
الايجاب والقبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى
ملكًا مطلقًا في الجارية او الطعام من غير تعيين شراء او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرًا
بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطؤها لان في الاسباب تزاحمًا فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب
كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو
مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك نافذ منه ظاهرًا فاما ان ينفذ باطنا عن انشاء
جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح لان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا
فيمكن اثباته وتنفيذه والله تعالى اعلم بالصواب فصل في الاولياء والاكفاء
اخر باب الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كان شرط النكاح لان محل النكاح شرط جوازه
بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب

واضح

واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فهو ما
قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات
الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي كما اختاره محمد فان كان الخلل
بحسبه وكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد
بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل
ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان يأذن الولي او لا غير دافع لانتفاء المطابقة
واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا
كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف
فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم
يكن كفوا في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة
فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي يترتب على النكاح من تمليك منافع
بضعها واستيجابها بالمهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض
من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا استدلال بالراي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد
اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وانما يتحقق
منه المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى
عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها
فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب ان الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل
على انهن يملكنه وان قوله فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله
ان ينكحن ازواجهن يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم
يعرفه وفي رواية فانكره ولان عائشة عملت بخلافه فزوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن
الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم
امرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة
متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله
ابن مسعود وقوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلم
يطالب الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه
انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه
صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم تلد من الزوج واما
اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية وكذا في مبسوط شيخ
الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له
ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف
القياس فلا كذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو يعني

لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة
الى القاضي ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله لان كم من واقع لا يرفع وكم من مرفوع لا يعدل ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني
ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي لا يتوقف على الاجازة قال رحمه الله ولا يجوز للولي
اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو يحتج
ابتداء بدليله ان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح
لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة
مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله والولاية على
الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور
عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها
كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في
المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها
دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها
وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها الى بيت زوجها فكان ذلك اذنا
دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها وقوله واذا استاذنها الولي ظاهر
وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان غير ولي وهو الاجانب او قريب ليس بولي بان كان
كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود الاب لا يكون رضى حتى تتكلم
به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا
فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه
فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي
لانه قائم مقامه وقوله ويعتبر في الاستيمار التسمية يعني اذا استامر فلا بد ان يسمي الزوج على
وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني اريد ان ازوجك رجلا فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا يشترط تسمية المهر هو
الصحيح احترازا عن قول من قال من المتاخرين لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف
باختلاف الصداق في القلة والكثرة وجه الصحيح ما ذكره ان للنكاح صحة بدونه فلا حاجة الى ذكره
ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استامرها
قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة
ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند
الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع
فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت ولكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار رجوا بين لا ونعم
فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في
الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله
ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق العباد فهي على ثلاثة اقسام ما فيه الزام محض

كالبيوع

كالبيوع والاشربة والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات
والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن
فيه واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط فيه
العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز
دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو بلغ
الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري
الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة وعندهما هو نظير القسم الثاني فلا يشترط الا ان يكون المخبر
مميزا سواء كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذنت الثيب فلا بد من رضاها
بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور وجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي
الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة
عبارة عن طلب الراي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب
لا يعد عيبا واذا لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت
صار رضى لتوفر الحياء فان عائشة لما اخبرت ان البكر تستحيي قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء
في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت البكارة بوثبة وهو الوثوب
من فوق او حيضة او جراحة او تعنيس عنست الجارية بمعنى عنست عنوسا اذا جاوزت وقتا التزويج
فلم تتزوج فهي في حكم الابكار فيكون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيبها اول مصيب
وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار ومن البكرة وهي اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن
من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زايلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان
يردها واجيب بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط
للحياء وهو موجود ههنا لانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنى فهي كذلك عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا اليها
مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانه رجع اليها في العاقبة ومن المثابة وهو الموضع الذي
يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى
بسكوتها ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضى بعلة الحياء على ما ثبت
من حديث عائشة واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس
عرفوها بكرا فيعيرونها وفي بعض النسخ فيعيبونها بالنطق فتستحيي فتمتنع من النطق فكانت العلة
موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة
النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وهو باطل لانه عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في
مقابلته فان قيل لا نسلم انه عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة
وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحياء
اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التاديب فيلحق بقوله

بخلاف ما اذا وطيت بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعنى ان من وطيت بشبهة او بنكاح
فاسد لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحياء ثم لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة
والمهر واثبات النسب اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها او لصيرورته
عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها فيما نحن فيه ايضا لانها داخلة
تحت اسم البكر فى لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض
المشايخ وهو ضعيف فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى
بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناء
على ان السكوت عدم الكلام ولا شك فى تقدمه على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا
ادعى الرد بعد مضى المدة فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالاجماع
لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعى السكوت وقوله ونحن نقول ظاهر
وحاصله انه يعتبر الانكار المعنوى وزفر يعتبر الانكار الصورى وقوله بخلاف جواب عن قياس
زفر ووجهه ان جعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضى المدة فلهذا القول للساكت
وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفى لما ذكرتم ان السكوت
عدم الكلام والشهادة على النفى غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به
كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل قلته فاقامت
بينة انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما انه لو قاله لسمعه الشهود وان
اقاما البينة قال الامام التمرتاشى بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو
اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا فى الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم
وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وستاتيك
فى الدعوى ان شاء الله تعالى قال رحمه الله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة يجوز نكاح
الصغير والصغيرة اذا زوجها الولى بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولى هو العصبة على ترتيب العصبات
فى الارث وقال مالك وليهما الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعى وليهما
الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا وان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم
او زوج الثيب الصغيرة الاب والجد كرها لا ينعقد النكاح وجه قول مالك ان الولاية على الحرة مع
قيام المنافى باعتبار الحاجة ولا حاجة فى الصغير والصغيرة فلا ولاية عليها غير ان ولاية الاب ثبتت
نصا على خلاف القياس فان ابا بكر زوج عائشة من النبى صلى الله عليه وسلم وهى بنت ست سنين
وصحح النبى صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس فى معناه لان
الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة
قد نقصت فلا يكون فى معناه قلنا لا نسلم ان الولاية على خلاف القياس بل هو موافق له لان
النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا يتوفر الا بين متكافئين
عادة ولا يتفق الكفو فى كل وقت فاثبتنا الولاية فى حال الصغر احرازا للكفو لكل من يأتى من الازمان

ابا كان او غيره ووجه قول الشافعى ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد
لقصور شفقته ولا يملك التصرف فى المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف
فى النفس وانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود فى كل قريب لان القرابة داعية اليه كما
فى الاب والجد فان النظر فيهما لم ينشأ الا من القرابة غاية ما فى الباب انه متفاوت كمالا وقصورا
بقرب القرابة وبعدها لكنهما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك فاظهرناه فى سلب ولاية الالزام
فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا وجدا الامر على ما ينبغى مضيا على النكاح وان وجدا خللا وقع
خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف فى المال لان الخلل الواقع بسبب القصور
غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدى بان يبيع الولى ثم يبيع المشترى من آخر ثم وثم
وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا تفيد الولاية الا ملزمة ولا
الزام مع القصور بخلاف النكاح فلهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف
ممكنا وقوله وجه قول الشافعى فى المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراى وتقريره
ان الراى امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه
تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعنى ان المقتضى للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت
للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة فى الاب والجد متوافرة واذا وجد
المقتضى وانتفى المانع وجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الراى للصغيرة بسبب الممارسة لان
الراى والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم الثيابة سببا
لحدوث الراى لا تصلح مدارا واما الصغر فانه سبب الحاجة للعجز عن التصرف بنفسها فان يكون
مدارا وكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الترتيب يحل منا فيما تقدم يعنى من اطلاق الولى فى قوله
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات
من غير فصل وقوله والترتيب فى العصبات ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد بجامع داعية
القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق
الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد وقوله فيتطرق الخلل الى المقاصد يعنى ان ما وراء
الكفاءة والمهر مقاصد اخرى فى النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة
وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد اهم من الكفاءة
ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا
يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله واطلاق الجواب فى غير
الاب والجد يتناول الام والقاضى يعنى فى اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله
فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله هو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح
المروزى عن ابى حنيفة انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضى لان له الولاية فى المال والنفس
فكان فى قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره فى الكتاب بقوله لقصور الراى فى احدهما
يعنى الام ونقصان الشفقة فى الاخر يعنى القاضى الا يرى ان ولاية القاضى متأخرة عن ولاية الاخ

والعم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى وقوله ويشترط فيه اي في فسخ
النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة
المزوج ولهذا اي ولتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية
محقق كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج
كفوا والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي
وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها بتطليقتين وعلى تملك مراجعتها في
قرءين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها
ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود
الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان ترفع اصل الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض
بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل
التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس جعل التابع متبوعا وانما
هو من باب التزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة عالما بخيار العتق التزم الضرر الذي
يحصل به والضرر المرضي غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم
اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها مرضيا فكان ضائرا واذا اجتمع الضرر وغير الضائر يرفع
الضائر دون غيره وقوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف
لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا
امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج
الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت
للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل
خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن فلانها
لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة
بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف لان الولي ينفرد بالنكاح فكانت
معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت
الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ
لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة وقوله ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر
والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ ان كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء
بالجزم ما يعلم انه رضى وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا
فبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت
واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فلذلك اذا كان لها الخيار
فادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا
عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لا بد من الرضا صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ

لم يكن

لم يكن السكوت منهما رضى بل لا بد من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ و
يتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ
في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت
او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام
فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق
الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج
لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر
والغلام وتقريره خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا
لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضى دون سكوت الغلام فيبطل
خيارها بمجرد السكوت وعنده خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن البيان
الذي هو قريب من حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين
خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق
لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام
دليل الاعراض وبيان تضمين هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى خلافه بقوله غير ان سكوت
البكر رضا يعني الرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض
والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان في
قبل الدخول وبعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو
قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة تملك الزوج
ثلاث تطليقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر
الى آخر المسئلة قال رحمه الله ولا ولاية لعبد ولا لصغير ولا لمجنون في الولاية
المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان
هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل النظر
واما الى العبد فلذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلم يعني الولاية الشرعية ولا
بالحسبة منها وقوله ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية
التزويج عند عدم العصبات وتابعه عصبية كانت سواء كانت عصبية بحل النكاح بينه وبين المرأة كابن
العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند ابي حنيفة بعد العصبات ذوو
الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت
لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم
على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار
والصغائر في عهده منشوره واما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول
ابي يوسف مضطرب ذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء وقوله كما رويناه

يؤيده قوله عليه السلام الانكاح الى العصبات عرّف الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه
هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير
الكفو والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من
هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز قلت الجواب من وجهين
احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم
بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الراي والقول بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية
الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث مبنيا
على الولاية وقوله وان عدم الاولياء يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام
السلطان ولي من لا ولي له واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهده ومنشوره
كذا في فتاوى قاضيخان وقوله واذا غاب الولي الاقرب يعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه
كالجد ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لزفر ان ولاية الاقرب قائمة
لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والحق القائم لشخص لا يبطل بغيبته ولهذا
لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كان ولاية الاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية ولنا ان
هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلتا المقدمتين ظاهرة فيفوض
اي النظر الى الابعد وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان
الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو جواب عن قول
زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير والاقرب على عكس ذلك فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني
اذا حضر الاقرب وقد زوجها الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله وهو اختيار
بعض المتاخرين منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل
الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء
ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير حتى
لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر شفقة من الابن
بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في
العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة
الشفقة جواب عن محمد رحمه الله

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما
تقدم ان عدمها يمنع الجواز ويمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى بيانها في فصل على حدة والكفاءة
بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافاه اذا ساواه وهي معتبرة في النكاح
قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر
ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة والنكاح شرع لانتظامها ولا ينتظم بين غير المتكافئين
لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لانه

مستفرش

مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا
بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم يعني ما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز
فمن القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية
عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع اما النسب
فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري لا يعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث
قال عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى
وقد تايد ذلك بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم ولنا قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء
لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض
رجل برجل والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي
اكفاء بعضها لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا
يعني من قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة
بين قبايلهم الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وكان من عبد شمس وانما قال
في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر
فيهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه
ابي الاسلام لا اب لي سواه وقوله الا ان يكون يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش
الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى
لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض قال
المصنف كانه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة
قوله وبنوا باهلة باهلة قبيلة من قيس غيلان وهي في الاصل اسم امراة من همدان كانت
تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس غيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا
المدن والقرى والواحد عربي والاعرابي واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنوا باهلة ليسوا باكفاء
لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم
كانوا يطبخون عظام الميتة وياخذون الدسومات منها قال قائلهم ولا ينفع الاصل من هاشم
اذا كانت النفس من باهلة وقوله واما الموالي ظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف
الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغايب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي
يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا بد من ذكر الجد وقوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا
لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في
العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له آباء في الاسلام لان
العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفوا للنسب الآخر اذا كانا مسلمين واما العجم فقد
ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يكون
كفوا له والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق

والخلاق فان العبد لا يكون كفوًا لمن هي حرة الاصل وكذا المعتق لا يكون كفوًا لها والمعتق ابوه لا يكون
كفوًا لمن لها ابوان في الحرية لان اثر الرق الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة بسببه ودون
عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضايل ما يقابل نسب الاخر كان كفوًا له قال
رحمه الله وتعتبر ايضًا في الديانة وتعتبر ايضا الكفاءة في الدين اي في الديانة وهو التقوى
والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان تطلق الدين الاسلام لا
كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد
العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة
وابي يوسف لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق تعييرها
بضعة النسب فلما كان النسب معتبرًا فيها كانت الديانة اولى بالاعتبار وقوله وابو يوسف
معه هو الصحيح اي قراة قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعًا
هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال
اذا كان الفاسق ذا مروة يكون كفوًا قالوا في شروح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اي العمال
بحيث يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور الاخرة فلا يبتنى عليه
احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او يخرج الى الاسواق
سكران فيلعب به الصبيان فانه لا يكون حينئذ كفوًا لامراة صالحة من اهل البيوتات قيل
وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصنع وتعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكًا للمهر
والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون
كفوًا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه
بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفًا ليس يطالب به فلا تسقط الكفاءة
قوله وعن ابي يوسف وهو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو
الذي يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك
النفقة دون المهر قال يكون كفوًا قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتاجيل
ويعد قادرًا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرًا على النفقة بيسار الاب
لان الاباء والعادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدارة وقوله واما الكفاءة في
الغنى فمعتبرة ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى
يكون البيطار كفوًا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم لبعض اكفاء الا الحائك والحجام وعن ابي
يوسف انه لا يعتبر الا ان تفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين ما ذكر في الكتاب وهو
واضح قال رحمه الله واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها اذا تزوجت المراة
ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المسالة على هذا الوجه
انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة

صادقة عليه فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم
ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرًا
نعقدت على هذا الوجه صح وضع المسالة على قول محمد الاول وكذا لو اكره السلطان امراة وليها
على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المراة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد
الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب
واضح وقوله فاشبه الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندب
الى رخص الصداق دون ترك الكفاءة ولذلك النبي عليه السلام لم يضع بناته في غير الاكفاء
وزوجهن بادنى الصداق فانه ما زاد على اربع اواق ونش اي نصف اوقية ومهورهن كانت
فوق مهور ساير النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما
والجواب ان رضا التشبيه ما ذكرناه من تعيير الاولياء وهو وصف موثر في الباب واما ان لا يكون
بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف
الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما بعد التسمية وذلك لان الاولياء لا يتشغلون باستيفاء
المهور عادة وربما يعد ذلك ضربًا من اللوم عادة وقوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر
وقوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بيان ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز الحط
والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا تجوز
لان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلًا او تزوجها على خمر او خنزير
وهو قول بعض مشايخنا وقال اخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي
وفخر الاسلام والمصنف لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد
على مهره فيكون العقد باطلًا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر منها
بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر كقرب النظر والضرر في
هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة بها
فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر فيه العقد باطنان لان المقصود
منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والاصهار
فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين
فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها
شي يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل
الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير تلك المسالة في التزويج بغير ظاهر وكلامه ظاهر

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعًا من الولاية من حيث ان
تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل
على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته في
المذاهب فيظاهر وقد جمع بين حكم زفر والشافعي لانه اشتركا في معنى وهو ان الواحد لا يكون

مُمَلِّكًا ومتملكًا لشيء واحد في زمان واحد ولا يستثنى ان منع الولي لان مذهبُ فيه كمذهب
علمائنا الثلاثة وبناؤه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومُعبِّرٌ وكل من هو كذلك
لا يمتنع ان يكون مملكًا ومتملكًا لانه لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجتُ بلستعمى فلانة على
صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع
اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله
زوجت يتضمن الشطرين اي شطري الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته
الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله
مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا وقوله العقد وضع لحكمه
بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم والاسباب والعلل وسايل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات
الحكم والاجازة للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان
كلامه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ
مضافا الى محله وهو الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده ليكون
غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان راى فيه مصلحة نفذه والا ابطله قوله وقد يتراخى
حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم
ههنا لم يعدم بل تاخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه يتراخى
الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين
ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود
المجيز وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها فبلغها
يعني بغير مجيز فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلاث منها
تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر
او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غايبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المراة زوجت
نفسي من فلان الغايب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة
بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها اختلاف واصلها ما ذكر
اولا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المراة زوجت نفسي من فلان
وفلان غايب ولم يقبل عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غايبان ولم
يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغايب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول
في الفضولي من الجانبين لو كان مامورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف لان الكلام الواحد
عقد تام في النكاح باعتبار الاذن فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امراتي على كذا وهي غايبة
فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذا الطلاق والاعتاق على مال وهما يحتجان
بان الحاصل احد شطري العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل

قبول الآخر ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند
الغيبة لان الدال على ذلك المعتبر هو الصيغة وهي لم تختلف وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء
المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير ككلامين
وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واختاه اي
الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع
واليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجيء
وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه ثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامراة بعينها
او بغيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح
احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المامور ممتثل امره في احداهما ولا يبعد ان تكون
احداهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امراتيه ثلاثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي
وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتمال التعليق بالشروط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق
بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان
يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر وتوقف نكاح
الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير امراة قيده بالامير وحكم غيره كذلك
قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة او حرة عمياء او
مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما لما قيل قيده بذلك ليظهر
الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه
لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة
واما اطلاق اللفظ فان لفظ امراة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة
يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكشاني دلت المسئلة على ان الكفاءة
تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل
فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل
او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على
نوعين لفظي نحو الدابة تقييد لفظا بالفرس وتخصيص المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف
من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا
لاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد
المحل الذي يتواردان عليه وقوله وذكر يعني محمدا في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكرنا من اعتبار
الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح والله اعلم

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان
حكما له والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد
وله اسام المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح

بلا تسمية المهر قال الله عز وجل فانكحوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج
فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف
يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة
النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى خلا
لها من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا
لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم
ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد
انضمام فيتم بالزوجين وقوله وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني
انه لا يجوزه قال لانه عقد معاوضة ملك متعة على مهر فيفسد بشرط نفي عوض كالبيع
بشرط ان لا ثمن ونحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهرا اذ القياس على
البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجئ قلنا دلالة
حديث ابن مسعود في المتعة على جواز ان ينفي المهر كدلالته على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا
يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم
وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرعه الله لها صيانة لبضعها عن الابتذال
مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه
معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا لا يزوج النساء
الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه
بحث من اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم به لانه
نسخ الثاني انه معارض بقوله عليه السلام بما روي ان عبد الرحمن بن عوف جاء الى النبي صلى الله
عليه وسلم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال عليه السلام كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب
فقال عليه السلام اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة
دراهم وثلث وبما روي ان امراة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه السلام
لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل الحاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل عندك
شيء تصدقها فقال ما عندي الا ازاري فقال عليه السلام لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم
يجد شيئا فقال عليه السلام هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال عليه السلام زوجتكها
بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه
ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل
ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تعالى ان تبتغوا
مالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لان كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوة

والكفالات

والكفارات وغيرهما فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاديث تدل على التعجيل بالسوق اليها اما
في حديث عبد الرحمن فلانه مضطرب واما في الحديث الآخر فلانه امر ذلك الرجل بالالتماس وذلك
غير معتمد عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان
عائشة عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها
ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع
من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم علما اي عرف في الحصول وكان
ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف
به عضو محترم فلان يتلف به منافع البضع كان اولى ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا و
وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس
ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار ان
العشرة في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح الى نصفها
صح في جميعها واما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطها لان الرضا بما دون
العشرة رضا بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على
ما قررنا فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية
عليه وقوله ولا معتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا
لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية
دليلا على الرضى بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة
فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجبت المتعة عنده
كما اذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد
يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة والموت اما الدخول فلانه يتحقق
به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع
في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية
ان يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك
وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن الزوج او الارتداد والعياذ بالله وبالدخول
تأكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر
ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقررها كالوجوب المقتضي وانتفاء المانع كالارث
والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقررها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد
انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضاء العدة ولم يحل وقت
النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله فان طلقها قبل
الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله لان الاقيسة متعارضة

جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها
فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه ان الاقيسة متعارضة قياس يقتضي
ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب
كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه
بحث من اوجه الاول ان القياس من الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني
ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا
بينهما تضاد ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب عن الاول بان
ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما
او لمخالفة كل منهما النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى التعليل
والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل
بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا
خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض
والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض وهذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله
وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم والله اعلم قال رحمه الله وان
تزوجها ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها مهر المثل ان دخل بها او مات
عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول له ان المهر
خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع
كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي لان الاصل ان الولاية في التصرف ما تملكه دون
ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره وجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا
لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل
المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا
وذكر بكلمة على فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك فانها عنده مستحبة
في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين واجيب بان ذلك مصروف
الى التي لها مهر ونصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله متعوهن
والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها تقتضي الوجوب وتاكيده
فاما ان تبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان او نؤوله لا اراك تعدل عن التاويل فقلنا اول بان
معناه على المحسنين الذين يفعلون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والمتعة
ثلاثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان
كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد

مروي

مروي عن عائشة وابن عباس وذلك لان المرأة تصلي في ثلاثة اثواب وتخرج فيها عادة فيكون متعتها
ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف
مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق
المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى اتمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر
حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله وهو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو
قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة
اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو
العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى الخلف وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر
المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم
تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف
ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة دراهم فان لم تكن فلها المتعة بالنص فان قيل
نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهر من نعتبر بهم
مهر المثل بيان لذلك القدر المجمل وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا
لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتامل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك
وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان
طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي
لانه مفروض والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا
تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض
جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية
فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانهما يلزمانه على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر
المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا يعني
قوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا زادها في المهر بعد العقد
لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق باصل العقد ان قبضت
ملكت والا فلا ووعد المصنف ان يذكره في باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك
وقوله لان التنصيف عندهما مختص بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف
وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل
قوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة قال رحمه الله واذا خلا الزوج بامرأته
هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم ذلك المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي
فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطء
فلا يتأكد المهر دونه لان التأكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمه بالوطء ولم يوجد ولنا انها سلمت

وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها
ذلك فتستحق حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري
واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسلّم وليس في قدرة
المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان لما يكون مانعا عن الخلوة
حسيا كان او شرعيا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض
من جانبه فقد قيل انه ايضا يتنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال و
جميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف مرضه
لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار
واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة
صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة
المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى الافساد والخلوة بخلاف
قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما وقوله وهذا
القول في المهر هو الصحيح يعني الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح واما
في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح له الافطار بغير عذر وحاصله
ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله
هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه
عن الوطء شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤثم وقوله واذا خلا المجبوب المجبوب هو الذي استؤصل
ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند
ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع مع
المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر
وسلامة الآلة وجودا سبب الوطء اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي
حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق لانه مشروع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب
عليها واما عدم التسلم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني
فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع و
الولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد
لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأني
وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة
لانه مال لا يحتاط في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح
قال رحمه الله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وتستحب المتعة لكل
مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب

لكل

لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها
وهو كما ترى يقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل
مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله فهذه المتعة واجبة ويقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة
مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد
الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي
لانه استثناها من الوجوب وذكر في الحصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت
هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير مطلقة التي ذكرناها من قبل الا لمطلقة
واحدة وهي التي طلقها الزوج الحاضر وهو اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة
ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها
قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة
واما الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد
لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة
اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ممسوسة او لا فان لم تكن
فاما ان يكون مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة
التي لا تستحب لها المتعة وان كانت ممسوسة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن تستحب لها المتعة
وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت
وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من
الزوج لانه اوحشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب لكل من اوحشت به فالمتعة تجب
لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب
بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود المعقود عليه اليها سالما وذلك يقتضي
سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا
تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا
ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين احداهما ان المطلقة بعد الدخول
بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوضا منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده
تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق
والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد
ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل يسقط بالطلاق
قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد سقوط مهر المثل ولا نعني بالخلف
الا ما يجب بعد سقوط الشيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف
لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا منه لانه متصل به كالمفروض عند الطلاق بعد الدخول

او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان
بعد الدخول او التسمية وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر
لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة
خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك
ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوبها متعة مع وجوب المسمى او بعضه وبعد وجوب مهر
المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا
منه المسمى وبعضه ومن هو من المتصلة كما في قوله تعالى والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض
اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل
اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول
وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لانه لم يذكره
في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقع ثمنا لا
هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الاصول وبعض هذا قوله فاوجب كلام فلا يجب مع وجوب شيء من المهر
ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم وقوله وهي
غير جانية جواب عن قوله اوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش
جانيا لانه فعل ما فعل باذن الشرع فلا تلحقها الغرامة بوجوب المتعة فكانت المتعة بتاويل المتاع من
باب الفضل اي الاستحباب قال رحمه الله واذا زوج الرجل بنته اي اذا زوج مراده
كل منهما بنته او اخته للاخر بشرط ان يزوجه الاخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر
المثل ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا
الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع
صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل بنته منكوحة الاخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع
بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته على المهر فيلزم
الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك
صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق جواب
الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المراة لا تصلح ان تكون
مملوكة لامراة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر
امراة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته
سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها
تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان عبدا او حرا لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط
يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استاجر شخصا على
تعليم القرآن او الاذان او الاقامة جاز عنده فصارت كما اذا تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي
الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم

والتعليم

والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا ولكن المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين
والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا وخدمة العبد
ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذا لا يلزمه جواز
النكاح على خدمة حر اخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من
قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المراة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح
رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمراة مخدومة وذلك خلاف
موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر اخر برضاه فانه يصح ان يكون مهرا لانه تسليم فيه
كالمستاجرة ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم
المولى معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه
بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين احدهما قوله
المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار
الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة
على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو
الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا
فقوله ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان
المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال
ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الاخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى
وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كما لو تزوج على عبد
الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال
اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي
وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض
الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلمة او هكذا او لا يستحق فيه بحال وهو حسن لحسنين
احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله او لا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب
مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى
قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لا يستحق
فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة ليست بمال الا بما لفقته من وجود المقتضي وانتفاء المانع
وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه قوله لانه وجد المقتضي
وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال قلنا المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة
مانع اخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة اذ ولقائل ان يقول قوله وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بان اعادته تمهيدا لبيان
التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة اي لان تقوم المسمى وهو الخدمة

لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المختار فاذا لم يجب تسليم فهذا
العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل قال فاذا لم يجز تسليم كان
اولى فتأمل **قال** رحمه الله فان تزوجها على الف هذه المسألة تنقسم بالقسمة
الاولى على تسمية اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين كالعروض
والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل
منهما على وجهين اما ان تهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالف
درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم
لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه
بنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير
لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبته الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل
اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا آخر في الذمة
غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصفه لعدم التعيين
ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر
لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه
من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه
وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه
ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير
مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك علي الف درهم عن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر
الجارية جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع
الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما
قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها
بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض لغا البعض الذي لم تقبضه حط والحط
يلتحق باصل العقد فكان تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود
الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع
بعد الطلاق كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض تسقط
فيما اذا باعت من زوجها وقوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك
ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد معاينة احتاج الى دفع الغبن عن احد
الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله الا يرى ان الزيادة
يعني ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل

العقد

العقد حتى لا تتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف
وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة
يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربعمائة درهم لان
عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانت تزوجها على ما قبضت فيتنصف
المقبوض وهو ثمانمائة ولو تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته
لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء
فلا يبرأ عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسألة الاولى
حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت
مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه بدل
وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع
عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقا او عروض
في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمى
ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته
تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين
واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان
اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف
المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا لان الجهالة اشارة الى الجواب بجواز النكاح
بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح
وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح
ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت
عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى
مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته
له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهبه وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير
قال رحمه الله واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة فقد تقدم ان
النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على
ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم
المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى

لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يواف بر فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان
مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى مالها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند
فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان شرطوا الالف ان يكرمها
ولا يكلفها الاعمال الشاقة ومما تتعيب بها وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف
الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسئلة ظاهرة وجه
قوله ان ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف
والالفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما انه ذكر لكل واحد من الشرطين عقيد
فيصحان جميعا ولابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح
الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين
ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا
بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية
الثانية لانها لا تدري ان الزوج يخرجها او لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس
الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا
والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال واحاله على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكرها ههنا لهذه المسئلة
وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد
اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه
ولم تصح للجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه
وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا
الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال فيحكم مهر المثل لانه لا يعدل لانه
لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان
بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا انه يحكم مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل
كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلاثة ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاهما
وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف
الارفع فيما وجب فيه الارفع متعة لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه
ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف
الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة قال رحمه الله واذا تزوجها
على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف
معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا او وسطا
او رديا الى غير ذلك من اوصافه وورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بان مراده بكونه
مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم

الجنس بان تزوج على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف
المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ولم تجز التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس
ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي يجب مهر المثل
واضح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء
ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلانه
معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في
مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة
في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع حمل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير
فان من اقر لانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى معلوم
الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير
وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو
حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينئذ لاختلاف معاني الاجناس فانه اذا
قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط ليلزمه وقوله بخلاف البيع جواب عن قولهما لا يصلح ثمنا
لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة والمماكسة اي المنازعة لانه
معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه
على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تتفاحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج
مخير ومعناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط
لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلانه المسمى وقعت
عليه فيتخير بينهما ويجبر المرأة على القبول بايهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف
يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها
وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصف الوصف الذي يجوز في
عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة ان الزوج يجبر على تسليم
الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن
ابي يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه
الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد
وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من من زعفران
ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يتخير بل يجبر
على الوسط لان الموصوف منهما ثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه
والسلم فيه وقوله وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لانه شرط
قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر يعني له قوله تزوجتك بشرط قبولك
الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يزيد على ترك التسمية اصلا وفيه

لانه يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربا وهو
يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر
والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو
باع عينا بهما وقلنا انما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوم في
حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال رحمه الله فان تزوج امرأة على
هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال
في ان الحكم متعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل
دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند
ابي يوسف في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد والمصنف
قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة وقال فيه لكونها اي لان الاشارة ابلغ في
المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التعيين لان
الاشارة الى الشيء وارادة غيره ممتنع واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ
وارادة غير ما وضع له واخر دليل محمد وكان ذلك اشارة الى اختياره ومذهبه ودليله موقوف
على تقديم مقدمتين احداهما ان المراد بالماهية هي الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج
يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين
آحاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكى والذكر والانثى في غير
الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان
الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه
والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة
في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هناك
لا تدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف
موجود في المشار اليه لانه هو المشار اليه فلولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا
من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون
المسمى مثل المشار اليه فاستحقاق ان يكون مرادا او لا يكون تابعا لان المقتضي لعدم شيء لا
يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث
انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي
سنح لي في حل هذا المحل وازيدك بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق
المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حرا لعدم
الواسطة وكذا في الميتة والمذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم
يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فيهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع
لا يلزم ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم ان تكون عبدا لجواز

ان تكون

ان تكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي
اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن
العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ويجب
مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه قول ابي يوسف ظاهر وكذا وجه محمد لانه في الجنس
الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب
العبد وتمام مهر المثل والمصنف ذكر في دليل ابي حنيفة قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا
ان الاشارة ابطلت العبد الثاني وقوله وجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض
عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الخ وقال وان اخرجها فلها مهر المثل لكن
قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى ان يعتق اباها ثم انه لم يف بالشرط
فلها الالف الى تمام مهر المثل وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك
الشرط استحق بعقد النكاح بدل العقد ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما
الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف عليها شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها
اتمام مهر المثل لزم ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما هنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل
النكاح بالتفحص فلو لزم ضرر لزم بتقصيرها قال رحمه الله وانما فرق
القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح
الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح
وقوله هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت
على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد
يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي من منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل
ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير
صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل
هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فبطل ما زاد
عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لم تجب
لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك اسقطت
اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انتقصت منه وهي اذا كانت فاسدة
تجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه
صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في
عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها وهذا
الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا
ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقولي
بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد

اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لاتقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب
العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اى
الثابتة يعني وجب بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير
للاحتيا على طريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات وقال زفر تعتبر
من اخر الوطئات حتى اذا وطي في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا
وعنده تكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول زفر وقوله لانها تجب باعتبار شبهة
النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله
التفريق في موضعين يجيء الى انه لا بد من تفرق وليس دفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل
لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم
يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبهما كما في
البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك
بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والدافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا
رفعا حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم قوله ويعتبر مدة النسب من
وقت الدخول عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم
الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة
باعتباره اى اقامة النكاح مقام الوطي باعتبار ان النكاح داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس
بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف قال
رحمه الله ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها
كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالة ونحوها
لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود لها مهر
مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضافهن اليها وانما يضاف اليها اقارب الاب لان النسب اليه
ولان قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم
امه الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالتها اذا
لم يكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج ببنت عمه فان امها وخالتها تكون من قبيلتها وقوله
لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه وقوله ويعتبر في مهر المثل
ظاهر وقوله باختلاف الدار اى البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف
بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح
ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد
اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان
قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوجها ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت يفهم عنه
قوله ثم المراة بالخيار وان كانا في الصحة سواء وذكر في باب الولي من شرح الطحاوي ان

الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب بالمهر من ابي الزوج فيؤديه الاب من مال
ابنه الصغير وان لم يضمن الاب بالمهر نصا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة
ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اى ابراء
الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اى يملكه الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير
وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق
ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك
فكذلك في الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج امراة على مهر فاما ان يكون المهر
كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل
بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه عن
اخراجها الى السفر لتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع وصار
كالبيع في ان البائع له ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس
للزوج ان يمنعها من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان
حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فنذكره
وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها
اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر
اولا عينا كان او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه
الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع
لا محالة الا يرى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا
بتاخير حقه في البيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتاجيل فاطلاقه يشير الى انه
ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان
هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول
عند ابي حنيفة ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني في الوجه الاول
فكذا الجواب عند ابي حنيفة يعني للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان
الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى
هذا الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق
ويبتنى على هذا استحقاق النفقة تستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما
لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة وبالخلوة ولهذا
يتاكد بها جميع المهر وتسليم ينفي حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه
جاز ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة
فانها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله
وجاز ان يكون معارضة وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم

والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابا ثم الحظر والممنوع عما يقابل البدل صحيح وقوله فالتأكد بالخلوة الصحيحة
اي بالوطئ الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو الاصح وان كان
بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا اداه لم يكن لها ذلك الا باذنه
فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد
اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف انها فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا اوفاها مهرها
نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها
وهو قول الفقيه ابي الليث لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله
تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى
لان قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن و في
قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية
ومن القرية الى المدينة فقال ذلك نقلة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس
بتبوئة قال رحمه الله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة
على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون في حياتهما او يختلف الورثة بعد موتهما او احدهما فان كان
في حياتهما فاما ان يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية
او في مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او بعد
موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في
الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله الصحيح احتراز عن قول
بعض مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف ان المراد بها يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه
لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة
على ذلك عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول
المشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وقوله لا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله
وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف القول قول الزوج
في جميع الصور وقوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول
كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فتحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله ووجه التوفيق
اي بين رواية الجامع الكبير وبين رواية المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول
قوله يعني مع اليمين لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل
يقضى عليه بالف درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان الثاني فالقول قولها اي مع يمينها لان
الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضى
لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل وفائدة
هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام
البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة تقبل

وان

وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج تقبل بينتها لانها
تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل بينته لانها
تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا و
خمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي عليه الزيادة
وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف
وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت المرأة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط وان
حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما
على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت
بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل
لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة
وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين
الزوج لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة
مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة على
قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار
الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا
حلفا تعذرت التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل
وانما هو لمعرفة من يشهد له ~~المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو~~
له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف
في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر
المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلانه اصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى
لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف
بعد موت احدهما بين الحي وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حياتهما في الاصل والمقدار
في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر
المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى المسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته
لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى
القليل خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة
يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه ترك استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد
موتهما في اصل التسمية فعند ابي حنيفة القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقولهما بينته من
بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى
لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها
عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين

المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول
وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما بثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تاكد بالموت
فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا او علم ان الزوج مات اولا واما اذا
علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في
ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكنه استحسن فقال
ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع
المسألة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال ارايت لو ادعى ورثة علي على ورثة
عمر مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم
العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا
لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المراة يقضى بمهر مثلها وللمشايخ طريق
آخر وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس
بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار
الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امراته شيئا ظاهر
وقوله فالقول قوله مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترده وترجع بما بقي من المهر
وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب
قوله وقيل ما يجب عليها مقيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له ان يحتسب من المهر
لان ذلك لا يجب عليه وقوله وفي غيره قيل لمتاع البيت **فصل** لما ذكر احكام
النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات
احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا
ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول المستامن ايضا وذلك في دينهم
اي في دينهم ان النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما وكذلك
الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه
في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة وخالفهما زفر في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال بقوله ان تبتغوا
باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت
الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم وكل ما كان كذلك
يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم
الا بالالزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطعت الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم
التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا
والربا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام
متحققة لاتحاد الدارين ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلاة

وفيما يعتقدونه خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف
والمحاجة وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون
فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما
كالزنا والربا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركون عليه والربا
مستثنى عن عقودهم بقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه
لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد
قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي
رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا احتياج الى الفرق واما على الرواية الاخرى وهو رواية
الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص
عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص
على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان
التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان اهل
ما لم يتدينوا بتقومها لم يدخل تحت قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصح
ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل وقوله وان تزوج الذمي ذمية
ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه
قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما بمهر المثل
ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل عن قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في ان لا يوجبا عين الخمر
والخنزير ان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا يتنصف الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا
لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا او القضاء واذا مر يوم
الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف
ما بعد القبض ولا تجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد
للملك شبيه بالعقد لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك
بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في الحرمة وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما
لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما كانا بغير اعيانهما
ممنوع عن تسليم نفسهما فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة
العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد
ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه
ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك بالقبض ينتقل الملك
من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب واما
في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب

ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشترى متصل بقوله اذ
الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع الخمر او الخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض
فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بالقبض لا قبله
والاسلام مانع منه وقوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الخ
يعني قول ابي حنيفة رحمه الله في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة
وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب
مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها المتعة على كل حال وعند
محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال والله تعالى اعلم بالصواب

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم
شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز
نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك للمولى فلا يصح العقد
عليها بدون اذنه واما العبد فبخلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو
ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه
الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود
والترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب
فيهما ولهذا اذا اشتراه عبدا او امة فظهر متزوجا جاز له ان يرده وليس لهما تعييب انفسهما لانه
حق المولى بخلاف الطلاق لانه بعد نفاذ النكاح وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة العيب ولا يلزم
من جواز ازالته للعيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص
فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة
فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز له ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق
الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه
الاصول وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين
في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل
المصنف بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله كيلا تلزم
المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة يباع الرقبة
فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى
لصدوره لاذنه من جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في
دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه قوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النسا
وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد
ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة الا ترى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة
واذا احتمل الامرين يحمل على جهة المتاركة لانه الاليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو ادنى الرد

ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها
حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف يصح
المصير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الاغتياظ عليه من المولى
وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق
الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك
بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع
من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية
لا يثبت اقتضاء كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق
ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له وقوله ومن قال لعبده
تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهر وتقييده بالاشارة والامة
اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويبتنى على هذا الاصل المذكور حكمان
احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها بوصف الصحة
بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين
على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة في الماضي
وكان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا
امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء
اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة ان مبنى الايمان على العرف
ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امراة جاز والمراة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر
المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها
وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا منتف واذا
تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما تتحقق
بذلك واما اذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق الغرماء
لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك
النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فمهر
مثلها اسوة الغرماء ولها اذا كان اكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفائهم حقهم كدين
الصحة مع دين المرض قال رحمه الله ومن زوج امته بوأت للرجل
منزلا وبوأته منزلا اي هيأته ومكنته له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها اي
يهيئ لها بيتا للزوج يبيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
وانما يقال ذلك ليتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع
سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان
تحصيله من غير ابطال الكثير فله ان يبوئها وان لا يبوئها وان يستخدمها بعد التبوئة لكنه

يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل انتفاء الاحتباس
انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها
عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج
بامتناعه عن ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت
كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بواها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد
لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله ذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد في الجامع
الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع لمذهبنا ان للمولى اجبارهما
على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينا عن
الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا حصل زنا يجب الحد مهلكا او جارحا ففي
الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حصل في الزنا فله ان يرده فيملك
الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه
عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع
بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المراة ولا يقدر
على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا
فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يكن لجابه بقوله
بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك فيهما كان ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار
تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة
توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى
ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق
لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف
المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرنا
من الفرق ومن زوج امته فقتلها قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق
وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى لان
المقتول ميت باجله عند اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث ولان المولى منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله
تجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها او المجنونة اذا قبلت
ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر
وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول
تجازى بسقوط المهر فلم ينافي الصغر المجازاة واجيب بان ترك مجازاة الصغيرة انما تكون
على افعال غير محظورة لمصحتها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها
وتستتاب بالحبس وقوله والقتل في احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله فان

الاترى

فان قتلت

230

فان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى
امته لما بينا من الجامع من انه منع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا ان جناية المرء ظاهر وقوله حتى
تجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى اذا كان عليها دين قال
وحماد واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل
ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها
في صخرة تخلق فيها وروى ابو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلاثة
اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيها لاحد وعزل عن المراة الحرة والاذن في العزل
اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكر في الكتاب
وهو واضح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت قامت
معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي ان كان عبدا فلها الخيار
وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عائشة لما ارادت ان تعتق مملوكين لها زوجين
سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام فقال وانما امرها بذلك لئلا يثبت
لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عائشة
اعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله
سهى فسجد فانه فهو محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم
عن ابيه عن عائشة ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروي ايضا
باسناده الى عكرمة عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي
صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فاني يكون الشافعي محجوجا به قلت روى البخاري ومسلم وابو داود
ايضا والنسائي وابو داود والترمذي وابن ماجة واحمد رحمهم الله ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت
الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا وكان محجوجا به وقد سلكنا
مسلك الترجيح في التعليق ببيان المثبت والمعنى النافي فليطلب ثم وقوله ولانه يزداد الملك
معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزداد عليها الملك
اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل اقوى على ما يجيء فيلزم عليها
الزيادة اذا اعتقت وان كان حرا ولا نسلم ان امره عليه السلام بالبداءة بالغلام لذلك وانما كان
لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانهما لو اعتقهما معا يثبت الخيار ايضا عنده وليس
الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا يرى ان الزوج
ان افتقر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق
في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت كان لها
الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار
في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها

والنكاح ما انعقد الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم
اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضى لصدور الركن الذى هو الايجاب
والقبول من اهله لكونهما من اهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد
زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد
العتق والحكم فى العبد كذلك وانما خصص الامة بالذكر ليبتنى المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها
لا تتاتى فى حق العبد ويجوز ان يكون تخصيصه بالامة ليفرع مسئلة الخيار عليها لانها تختص
بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال فى صورة المسئلة بان المسمى
الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وما زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق
وكان ينبغى ان يكون ما يوازى مهر المثل للمولى وما زاد للمراة لان مهر المثل قيمة البضع وكل وجه
دون الزايد عليه والبضع ملك المولى فكان يحصل له لا الزايد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر فى الكتاب
بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت
التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف
يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قايم لان المانع من الجواز هو الملك او الملك
قد زال بالعتق مقتصرا الا يرى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك
وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد
غير معتبر فى حق هذا الدخول الذى كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرتم قياس فان القياس هو
ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما
ذكرتم من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى
وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر
واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو
ممتنع وهذا كما ترى لا يجدى لان المانع من الاستناد على ما ذكره من المسايل لم يزل والاولى
ان يقال ليس المانع من الجواز فى الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى
فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز
من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء فى نكاح موقوف لما مر ويجيب
عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر
فى القايم لا فى المتلاشى والمستوفى بالوطء متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة
الثانية وهى قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون
المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد
يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة
وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق
الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد بطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فبطل

الاستناد من حيث يثبت قال رحمه الله ومن وطئ امة ابنه ومن وطئ جارية
ابنه فولدت منه ولدا فهى ام ولد له وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه
الاب لان محمدا لم يذكر الدعوة فى الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه
للحاجة الى البقاء لما روت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه
فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان اولادكم
من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء
فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لو كان صيانة الماء لبقاء النسل لما وجب
عليه القيمة كما فى الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه ولهذا لا
يجبر الولد على اعطاء الجارية والدة للاستيلاد لكونه غير ضرورى فلهذا يتملك الجارية بالقيمة
والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يعتمد الملك كما فى المملوكة او حق الملك كما فى المكاتبة
وليس شئ من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعنى
للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها فلا بد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب
ولا ثبوت له بدونه فقدم اقتضاء تقدم الشرط على المشروط واذا تقدم كان الوطء واقعا
فى ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه
يسقط الاحصان بهذا الوطء ولو كان فى الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية
المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة يعنى فى شروح الجامع الصغير
وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا وعنده بعده حكما له والذى ذهبنا اليه
هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع
الوطء فى الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما فى جارية الاجنبى فلا بد من تقديمه صيانة لفعله
عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت
فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت
سابقا على الوطء وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه
اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاول بان تقدم الملك احترازا
عن وقوع الاستيلاد فى غير الملك انما هو فى تلك المسئلة نوع من الملك قايم فلا يحتاج الى
تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة
الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادى
فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد ولو كان الابن زوج جاريته اياه فولدت لم تصر ام ولد
له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزوج عندنا وقال الشافعى لا يصح
لان للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكان
له حق الملك فى جاريته لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق

الملك في مال ولده اظهر الا يرى ان استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة
مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة
حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من
الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل ولهذا يملك الابن من التصرفات
ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط الحد للشبهة
جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يكن له الحد واذا كانت
خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم
الحاجة اليه فلا تصير ام ولد وقال زفر تصير ام ولد له لانه لو استولدها بفجور صارت
ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ما ذكرنا ان
ماءه صار مصونا بالنكاح فلم يحتج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء وقوله
ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت الحرة تحت عبد واضح لا الفاظ تنبه عليها قوله
لصحة العتق عنه اي عن الآمر وقوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك
في الحال عند بعتك اياه بطريق الوكالة عني فيكون امرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت
يكون بمعنى قوله بعته منك واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا عن المأمور
بالاتفاق فلا يكون المقتضى اقوى من التصريح به اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت
صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد
النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة
عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك
ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى
فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما ثبت يزول لحكم الاعتاق وكذلك لا يفسد النكاح
كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحة لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما يثبت يزول اجيب
عن الاول بان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق
ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابي طاهر
الدباس سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت
وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعني ابا يوسف يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا
لتصرفه اي لتصرف الآمر لان تصحيح كلام العاقل واجب بحسب الامكان وههنا باسقاط اعتبار
القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى
فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير
تفرقة بين ما اذا كان الطالب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله
عليه السلام لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته
اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا

تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله
اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي فالفعل
الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله
وفي تلك المسئلة اي مسئلة الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب
الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان
الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير والله تعالى اعلم

باب نكاح الرقيق

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرناها ذكر من هو ادنى منه
منزلة واحسن منهم رتبة وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او
في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة
مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يكون
للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز ان تتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ
بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه
لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول وهو
التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر
كما قال زفر له ان الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة
كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا
لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين
لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا
بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلما والعدة
غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها
فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح الملاقي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من
وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولهذا لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الوضع
فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدوره من اهله مضافا الى المحل وانتفاء
المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاده للحرمة واذا صح ابتداء لا يتغير
بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم
يبطل النكاح وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة يجب عليها العدة
صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عند الكافر
وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء
فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم

الشروط و لاتنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي امرأة من محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما
او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض اليهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار
ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعاً عليه كما في العدة واذا اسلم وجب التعرض
به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا ان الحرمة اما
ان تكون للشرع او للزوج الاخر وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفساد
عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله لان المحرمية جواب عن هذا التشكيك
ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة
فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك
بمرافعة احدهما وطلبه حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فلذلك
رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا يفرق
برفع احدهما لان الاخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة
الاخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يبقا رضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم
اذ الاسلام يعلو و لا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما
ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته وقوله
ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل المصالح يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل
وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجه
لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم
يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد وقوله وان كان احدهما كتابيا فيجعل الولد تبعا
للكتابي للتعارض جعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب
حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن بينا الترجيح وهو قوله
لان فيه نوع نظر فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فبأي
تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع
لانه كم من واقع لا يرفع قال رحمه الله واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر اطلق
الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية فانها
ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل
الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفعه الا بعد انقضاء العدة وقوله الى انقضاء ثلاث حيض ليس
بفصل لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي يقول ينبغي ان تتأجل عندكم الى
انقضاء ثلاث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر للعدة يعتبر
فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتوزيعه باسلام المرأة او زوج
المجوسية فانتفت المقاصد بالنكاح وفوائدها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام
او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان

كفر

كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلا بد من امر
آخر غيرهما فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو
الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف الى ما يستلزمه
الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه
يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا تبتني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن
اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل ازال عنك الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع
فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب
يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
لا تكون فيه طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الاخر والواقعة بالمحرمية
ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوت المقاصد ومن امتنع
عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة وقوله
مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تأكيد واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا لبطل
قياسه على الجب والعنة وقوله اما المرأة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه
الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها
فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظاهر وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة
على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه الا افراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة
وهو مضي الحيض الثلاث ان كانت ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة حال
في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكان ما ادام سببا بطريق النيابة
والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البير يعني في قيام الشرط مقام
السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى الثقل الواقع في البير التي حفرت على قارعة الطريق
لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا ولا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي
قد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف حينئذ الى الشرط وهو حفر البير لانه لم يعارضه
العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه في غير ملك الحافر
وموضعه اصول الفقه ثم المرأة اذا كانت المسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي في حكم المهاجرة
واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها
عندنا وان فصل كما مر له في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة
في الحال وان كان بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها
المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق
فجاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالفرض
انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية

فلا عدة عليها بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسئلة ظاهر
وقوله فلان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شئ يتحمل في النكاح حالة البقاء
وان لم يتحمل في الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز
نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتدا قال رحمه الله واذا خرج احد الزوجين
صورة المسئلة ظاهرة والحاصل لذلك وتقريره دليله ان التباين اثره في انقطاع الولاية و
وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد
بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته
انقطعت ولم تؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم وقوله اما السبي فيقتضي الصفا للسابي
ولا يتحقق الصفا له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفا يسقط الدين
عن ذمة المسبي لا تباين المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره
تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح
كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون
في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب وقوله
والسبي يوجب ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا
ينافي النكاح ابتدا ولهذا لو زوجها استجاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم
او ذمي لا يبطل النكاح ثم تعرض السبي والمنافي اذا تعرض فالمحترم وغيره سواء كما اذا تعرض بالمحرمية
والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشرا من حيث ان النكاح لا يفسد بالشرا فكذلك بالسبي
لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفا اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفا لكن في محل عمله
وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان
ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب
عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة
وقوله وفي المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن وكان احترز بقوله وحكما
عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت
المرأة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع
اليها جرت عنا بدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة
وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية
ولابي حنيفة ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية
بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة
ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة او ذمة تباين الدارين وهو لا يزيد
على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الجهات حكما
فلزمتها العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه الا الى اثر اصله

ان التباين يزيد على الموت لا يرى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج
حتى تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في
حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا يزوجها حتى
تضع وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى
تضع حملها لانه لا حرمة للحربي فجعلوه اولى كما في الحبل من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل
والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع
الوطي مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح ايضا دون غيره قال رحمه الله
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها
او لم يدخل وعند الشافعي اذا لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء
على ما ذكرنا له من تاكد النكاح وعدم تاكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا ينتقص عدد
الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق
وان كانت من المرأة فبغير طلاق فهو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله لتسع
عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب
يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد
فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها
منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف
للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشئ الرافع له لا ينافيه فلا
تكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف ليس بمناف للنكاح فيجب
التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك اليمين بل
يصح مع قوتها فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما
وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول
ان ما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء
ولا تنافي تحصيل ملك اليمين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع
للعدة فظهور اثره وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان
معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا
اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لان تباين الدارين مناف للنكاح
فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة
وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة
وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند
ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو
كالميت في حقنا وبقاء الشئ في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود كالا تعود

سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية بيقين محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فلما ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا تتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر وقوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها والا لها يعني لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحينئذ لا يرتاب احد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله وان ارتدا معا واضح ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الاجماع يترك به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة لجاز ان يقول والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد لاجل ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله تعالى اعلم

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدم الراجعين الحائز الفروع وغيرهما اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في النسخ قوله واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان وهو اشارة الى ان المؤنث الحقيقي لو وقع الفصل كان في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة لاطلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة لمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذا في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنين

والغلام

والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم وقوله والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضع اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل احداها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة او لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنها امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات وافرده بكتاب على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الآدمية في وقت مخصوص على ما نذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون مقدرا بخمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكنه لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات وله تمسك بحديث عائشة كان فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله

صلى الله عليه وسلم يضعف لانه لا تنشج بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقريره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب يقبله ومنسوخ لانه كان بعده والانشار بالراء الاحيا وفي التنزيل ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كانه احياه ويروى بالزاي كذا في المغرب قوله وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر وقوله ولان الحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار هو لان الحول الموجب لتغير الطباع ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين يعني في وجه قول ابي حنيفة فتقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره ان حمل مدة الحمل والفصال ثلاثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فيبقى للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة هذه الاية يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثلاثون شهرا وظاهر ان لذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للشيئين مثل ان يقول لفلان على الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحدة من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان عامة اهل التفسير حملوا الاجل المضروب للشيئين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركوها واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية باية مأولة ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغير الغذا لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره ابقاء الحياة وذلك انما يتغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان الفطوم عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما في العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذا الجنين مغاير لغذا الرضيع فان غذا الجنين كان غذا امه ثم صار لبنا خالصا فكان غذا الرضيع مخالفا لغذا الفطيم لان غذا الرضيع اللبن وغذا الفطيم

اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من تغير الغذاء وتغير الغذا بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عليه السلام لا رضاع بعد الحولين محمول على مدة الاستحقاق وانما حمل المصنف على الاستحقاق لان بعضهم قال المراد منه لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم حق استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه اي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضى في ازالة المحرم شرعا وقوله واذا مضت يعني اذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم اولم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امرأة قبل ان تمضي عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع متشبثا بظواهر النص وهو فاسد لان المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون ان هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا قال رحمه الله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله الا ام اخته من الرضاع يجوز ان تتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج بام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان تتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان تتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضعا وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة الابن من الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم

من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة
وقوله ولبن الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله
عليه السلام لعائشة ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك فان عائشة ار
ارتضعت من امراة القعيس وكان اسم اخي القعيس افلح فلما كانت تلك المراة اما لها كان زوجها
ابا لها واخو الزوج عما لها لا محالة وروي انها قالت يا رسول الله ان افلح ابن ابي القعيس دخل
علي وانا في ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المراة
لا الرجل فقال انه عمك من الرضاعة وذلك لا يكون الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن
منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل
ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا
تثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل من نفسه
اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع
لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات
اللحم وهو نظير وطء الميتة فانه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختار
هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من
المراة بسبب الولادة او الحمل من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن
المراة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المراة تحت زوجها وليس حل الوطء في الاحبال بشرط
الحرمة حتى لو زنا بامراة فولدت منه فارتضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل حتى لا يحل للزاني
هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابنه ولا لابيه ولا لابنائه او لاده لوجود البعضية بين هؤلاء
وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية
كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة اي ثدي امراة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة
واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن
الادمية دون الانعام قوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة
بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية من ولد التي على طريق
الاضافة وهذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي
ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسختان
اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة
على ما ذكرنا ولكن هذا ذا التقدير لان لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا باللام وكلامه
ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعتبر محل الغلبة قال ان لم يغير الدواء
اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا
وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي فعنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات
من اللبن في جب من الماء فشرب الصبي يثبت به الحرمة هو يقول موجود حقيقة فيكون معتبرا لان

المحسوس

المحسوس لا ينكر ونقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين فانه
لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل هذا فان
فان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن
موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت
لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم تثبت المساواة بينهما لان
للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح بمعنى راجع
الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح
الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع
امر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه لكن تعارض بالترجيح احدهما
راجع الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع
قطرة من الدم او الخمر في جب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة لم يكن غالبا حكما لان
غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن للحقيقة معارضة للحكم
بل كانت موجودة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم
في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا
فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا
وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون
كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف
زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر
اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة
من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده
لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم
وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا
والدواء يخلط به ليتقوى على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء للتقوية
على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا
الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء ليتقوى به على الوصول واذا كان
مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسوية الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون
اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا **قال** رحمه الله واذا اختلط اللبن
بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب
كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر
ان الغلبة ههنا غير متصورة لاتحاد الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا
بجنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود

هنا متحد وإذا لم تتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الإرضاع من الكل صورة
ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول أبي يوسف
وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر وأصل المسألة في الأيمان فيما إذا حلف
لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشرب فهو على هذا الاختلاف
عند أبي يوسف لا يحنث لأن المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لأن الجنس لا يصير مستهلكا
وقوله وإذا نزل للبكر لبن ظاهر وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا
للشافعي قيد بالموت لأنه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر هو يقول الأصل
في ثبوت الحرمة هو المرأة لأن الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منهما إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا
لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى
تتعدى إلى غيرها ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشار والإنبات وهو
قائم باللبن لأن الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما أنه لم يخرجه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في
تلبس الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما إذا كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في
فمها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن ويتيمم الميتة لأنه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله فأما
الحرمة جواب قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعني أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت
بملاقاته لمحل الحرث لتثبت به الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله وإذا احتقن باللبن
قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض داواه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح
لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج
المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الأكثر في
استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن تتصور منه الولادة بيانه أن الله
تعالى خلق اللبن في الأصل لغذاء الولد لعدم احتماله سائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ولا يقوم مقام
الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق ممن تتصور منها الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد
الاختصاص بمن تتصور منه الولادة إذا تأملت لكن الاختصاص بالإناث الولود من الحيوان وهو الذي يلد
أذونا احترازا عن غير الآدمي ثم هو ثابت بالاستقراء المختلف وهو دليل أنه في الآدمي في الذكر ليس بلبن
على التحقيق كدم السمك وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي
والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط فهذه حكاية وهي أن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الأخبار
كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فإنه دخل بخارى في زمن الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ
لا تفعل فإنك لست هناك فأبى أن يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسألة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا
وأخرجوه من بخارى قال وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة إذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت
الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا
ثم الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة إذا كان دخل بالكبيرة وإن لم يدخل بها جاز أن يتزوج بالصغيرة
لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ثم إنه إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت

من قبلها

من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة لم تجئ من قبلها فإن قيل الفعل للفرقة الإرضاع
وهو فعلها فلم تضف الفرقة إليها واعترض بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار
الحرب بانت من زوجها ولا تقضي لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها وأجيب بأنا قد جعلنا كالعدم وقعت الفرقة
بفعل من جهتها أسقطت حقها ولهما أن ما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا
لم يمنعها إخراجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الأبوين من إسقاط حقها ويرجع
أي بما أدى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد بأن قصدت بالإرضاع
إفساد النكاح وإن لم تتعمد بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأة
زوجها وعن محمد أنه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لأن من أصله أن المتسبب
كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الأصول
وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في السبب والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان
على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج بها إذا بلغت حدا تشتهى وذلك يجري مجرى الإتلاف في
إيجاب الضمان لكنها مسببة فيه لأن التأكيد لا مباشرة لأن مادة الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا
لأنه وضع لتربية الصغير لا لإفساد النكاح وإنما يثبت الإفساد باتفاق الحال وهو تربية الجمع بين الأم
والبنت في ملك رجل نكاحا ولأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإتلاف لكونه
غير متقوم في نفسه لأنه ليس ملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإجارته
وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البدل
أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بإرضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لأن الإرضاع
ليس بإفساد النكاح وضعا كما تقرر ولما كان الإرضاع إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر كما تقرر أيضا فإن قيل
إذا لم يكن سببا للإلزام كيف وجب على الزوج نصف المهر لها بمقابلته قلت إن نصف المهر يجب بطريق المتعة
على ما عرف في باب المهر والمتعة يجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لأن المعقود عليه عاد إليها
سالما لكن من شرط وجوبه أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي
متسببة وإذا كانت متسببة تشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح
وعلمت أن الإرضاع مفسد له وقصدت به الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع
مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك
أي بالإرضاع لدفع الهلاك فإن قيل الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة
بفساد النكاح عذرا في حق وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا ليس لاعتبار الجهل لدفع قصد الفساد
لا لدفع الحكم وتقريره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي إنما يحصل بقصد الفساد والقصد
إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل
لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فإن قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل
لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به وقوله ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات أي
على الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعي تقبل شهادة أربع

منهن وقال مالك يقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع مما يكون بالثدي
ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان تشهد اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال ليقوم كل
امرأتين مقام رجل وقلنا وهو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم تحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك
ان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي
للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبر بحرمة العين وبطلان الملك فيثبت الحرمة مع بقاء الملك
ثم لما يثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن على البائع ولنا ما ذكره في الكتاب
وهو واضح لا يحتاج الى البيان

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا
اخره عنه وضعا ليناسب الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة
عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق
عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه
ما نذكره ان شاء الله تعالى ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند
الضرورة لقوله عم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى
لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وامثالهما و
ثلثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه
مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل
محليتها نظرا اليه لان اتباع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضررها لا محالة وقوله ولا خلاف لاحد
في الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو
الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والاباحة لحاجة الخلاص لضرورة التخليص
عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطبائع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عم
في حديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رض انه طلق امرأته
وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام
مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك
العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن فقال ان شاء امسك
بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض
الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب انما شرحه ما روي ان رسول الله صلعم قال لابن عمر رض حين طلق امرأته
وهي حائض انما امرك الله السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله
ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز
عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر باطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكما تكرر دليل الحاجة جعلت كان
الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ فيه
فقال بعضهم تطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع

قال

قال المصنف لا طهر لم يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها
ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في
طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا
وقال الشافعي كل الطلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي
طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى
يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل
كيف يصح التعميم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم
تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها
فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لا تدري اهي حامل فتعتد بوضع الحمل ام حائل فتعتد بالاقراء ثم قال
لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح
الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن
والازدواج واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص
كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل كما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار
اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام
مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني
والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصورة اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون
سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم فالحاجة الى الاحكام
وعلى هذا يجب ان يباح الثلاث جملة لكنه جاء تعارض النص فلم تورث فالحق انه اراد بالنص قوله تعالى
الطلاق مرتان فانه يدل على انه متفرق ويجوز ان يراد قوله عم لابن عمر رضي الله عنه ان من السنة ان يستقبل
الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه
ان المشروع لذاته لا يجوز ان يكون محظورا اما اذا كانت المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت
مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير
وكذا ايقاع ثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث وقوله واختلفت الرواية
ظاهر قال والسنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والآخر في العدد فالسنة في العدد يستوي
فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهو ان لا يزيد على الواحدة ويسمى الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد
وهو ما يكون نصف حاشيته والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه
لما ذكرنا انه شرعية باعتبار الحاجة والمراعى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو
الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل
الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة باقية سواء كانت في حالة الحيض او
الطهر فلم يمنع طلاقها عن السني في اي وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا ان الرغبة

ومعترض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة ان تستقبل الطهر
باطلاقه قد يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب
واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله عم لعمر مره فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض من صغر
او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى
لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر
واللائي لم يحضن يعني ان اشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله واللائي لم يحضن مبتدأ
خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في حق الحيض خاصة قيل هو اشارة
الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال
شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك
بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة
وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور
يتجدد ذلك المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية
ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في اول شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا الطلاق في الحيض
فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج
الى اقامة ثلثة اشهر مقام ثلث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام وفي
ثلث حيض يحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة
ولكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشيء لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما
فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة لا في ان الطلاق فيه بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام
وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات
الاقراء كذا ذكر شيخ الاسلام والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي
انما تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم يقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى
يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه وفي حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض
لا غير لان الخلف انما يعمل عمل ما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان ليتحقق
عدد الثلاثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان للذات لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض
فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه وليس بشيء كما ترى لان الزام الحجة على المختلفين لا يكون فائدة
الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في المسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال
ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة مقام الحيض بالاهلة
كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاقي السنة وذلك ثلثون يوما
بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق
وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات على ما سيأتي ويجوز ان يطلقها
اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلواني وكان شيخنا

يقول

يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل
فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المص لان الافضلية لا تنافي الجواز
وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين وطئها وطلاقها بحيضة فكذا
ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة
بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم فيها اي في التي نحن فيها من الآيسة او الصغيرة والكراهية اي كراهية
الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لانه عند ذلك تشتبه وجه العدة فلا يدرى ان
انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قوله
زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة
فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد
لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره في ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر
كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت
جهة الرغبة بالمعارضة فيبقى الحكم الدائر على الدليل وهو المفصل وقوله وطلاق الحامل يجوز عقيب
الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتوزيع على فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن
عباس لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرقة على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن
كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهي طهر واحد
حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق بمضيها وكالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو
فصل واحد لا يوزع التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح
عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة
والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد
الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليله
فاذا وجد وجدت ابيح لاجل الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس قول
محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو
فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض قال
واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب
له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة
عليها فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها نقل
صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن اي لاطهار عدتهن امر والامر المذكور في قوله عم مر ابنك فليراجعها لما انه لما كان مأمورا
بدفع الطلاق في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعضهم
المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي لما كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية
كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله عم لعمر مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض

وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المص ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ ووجهه ان الامر للاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب على الانسان
فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر وقيل الامر لعمر رضي وحقيقة الوجوب على عمر رض
ان يامر ابنه بذلك ولا دلالة فيه على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار
كان النبي عم امر بذلك فثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر رضي الله عنه فيجب عليه الرجعة
وقوله ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بقدر وقوعها انما
هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ورفع الضرر بتطويل العدة مرفوعها بالمراجعة
وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها
قال المصنف وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي
بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والمص ذكر وجه كل منهما ولم يرجع
الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن
ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم
ان شاء امسكها وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا
الى سالم عن ابن عمر رض انه عم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي
واذا تعارضت الروايتان ذهب المص الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر وقوله ومن قال لامرأته
اعلم ان من قال لمدخول بها انت طالق ثلثا للسنة فاما ان تكون من ذوات الاقراء او لا وكل منهما على وجهين
اما ان ينوي بذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة
وان نوى الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة
الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به ولنا ان
اللام فيما في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان
كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند
كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاثة دفعة
او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف وقوعه بالسنة
وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لمن طلق امرأته الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع
لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس
كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس بفعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع
يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت آيسة
او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما
بينا قبل هذا لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر
لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث فان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في
الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم تقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت

طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المص
لا تقع قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان
نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم
الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر
المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان
المقتضى فلا تصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فيصح نيته وذكر صاحب الاسرار
وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان التطليقة المختصة
بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق
الثلاث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو
قال انت طالق ثلثا للسنة او طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة و
دليله يدل على التفرق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة
كما لو ذكر ثلثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب
فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله بسبب اختيار المص عدم الوقوع جملة

فصل

لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق
كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون
والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة
في المعاملات والنفوذ في الوقوع فمعناه كل الطلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية
التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون واما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما
هو المعتد له والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتد له قبل
البلوغ ولا يعتبر فيما له فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي فهو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار
التصرف الشرعي انما هو بالاختيار كطلاق الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف موجودا وفيه بقوله
في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر في ذلك الاختيار في التكلم حتى اذا اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت
طالق وقعت وان لم يكن مختارا في الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته خال عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق
احترازا عن الاقرار مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل
على انه كاذب فيما يخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احتراز
عن الصبي والمجنون وتقريره بحجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف
الشر وعرف الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر
وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود
في المكره لحاجته الى التخلص عما توعد به من القتل والجرح وقوله لا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان

المكره مختار الا انه لم اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها
وليس لذلك وجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما هنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به
كما الهازل وهو الذي تقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك
لان المكره له اختيار فاسد والهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل
الوقوع في المكره اجيب بان الهازل اختيار كامل في السبب لا في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له
اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر جائزا
وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وفي ضوء خلاف
ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل
هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجازا للخصم حيث لم يفرق واعترض بوجهين احدهما
ان شرب المسكر كسفر المعصية ثم ان السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل
باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة ههنا كان اتم
واجيب عن الاول بان الشرب بنفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف
اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية والمعصية انفصال لها عنه ابتداء وانتهاء
فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران
غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بجعل تعمد السبب واما الاقرار بالحدود فلان
السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به فيورث فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب محظور
اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا
واما غيره هو الذي يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها بالقتل فحكمه كالاغماء في حق منع
وقوع الطلاق والعتاق وكذا ذكره بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه
لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب وزوال العقل اثر الصداع فكان علة العلة
والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن
العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله
وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق الامة ثنتان اثنتا الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه
الاستدلال له بقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عم قابل الطلاق بالعدة على وجه يخص
كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال
من حيث العدد تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونها
مكرما بتكريم الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد
من الولاية والشهادة وخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملكه وزنا فكانت مالكيته
ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان
الزوج اذا كان حرا كان كذلك قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وعلي
ابن ثابت رضي ولنا قوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عم ذكر

الامة

الامة بلام التعريف ولم يلي ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين
فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان
يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين اجيب بانه يفضي الى ان يكون ذكرها في وعدتها عائدة
اليها فيكون تخصيصها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة
الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام
المراد بالامة امة تحت العبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك من خطابه لا تجري في مقام الاستدلال
ولان حل المحلية اي حل ان تكون المراة محل النكاح نعمة في حق المراة لانها تتوصل بذلك الى الدر والنفقة
والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق
اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنين فكذا في حق النساء فلذلك
لا تتزوج الامة على الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة
ونصف طلقة تنصيفا للحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا مروي عن علي
وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله وتأويل ما روي يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال
فان قيل هذا معلوم فلا حاجة الى ذكره اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المراة في الجاهلية اذا كرهت
الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله عم الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد
امراة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص
الآدمية والعبد يبقى فيها على اصل الحرية وكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا بنفوذه
المولى فتركناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه
شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق
ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص
وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية
ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج
حقيقة وهي لا تترك الا بدليل واما لفظ الرد فيستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشتري
فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى
النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم
لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة
ان لم ينو شيئا وكذا ان نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة
قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو
تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت
العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة
بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمناه دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد
ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نوى فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء المقتضى ضرورة الضرورة

تنـد فيه بالرجعي فلا حاجة الى الباين كان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتعزيره
الحيلة لانه قصد تقديم ما اخره الشرع المرقت وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة
بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر
وحقيقة دنيت الرجل تدينيا اذا وكلته الى دينه فاستعمل في المتصل مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف
الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه فيه تخفيف ولذلك لا يسع المراة ان تصدقه في ذلك ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل او الوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق
عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان
الطلاق لرفع القيد وهو قيل اي المراة بتطويل التخصص او الذاح وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه
الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فالطلاق ليس
لرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه
الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذلك اما اذا قال انت
طالق من عمل كذا موصوفا صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا
الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة فالكناية
تحتاج الى النية وقوله ولا يقع به من كلام القدوري متصل بقوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع
بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى
لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي
ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته
ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده
والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان
الطالق نعت من الثلاث وهو يدل على طلاق يكون صفة للمراة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى
التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري يتصف بالمراة وليس بفعل
الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله والعدد
الذي تعرف به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله واذا قال انت الطلاق
واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق
لما صح فيه نية الثلث كما لا يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم
واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلم يخرج فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه
واضح قال ولو قال انت طالق الطلاق ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق
واحدة وبقولي الطلاق اخرى فان لم يكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق ويقع طلقتان
رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف
الطلاق الى جملتها مثل قوله انت طالق لان التاء ضمير المراة وذكرها وان كان قد علم مما قبل منهية الذكرها بعينه
او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق

قال الله

قال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه
واضح ولو قال يدك طالق او رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء
معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح
وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق ولانه
اي فيكون حالا في محله فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه ثم يسري الى الكل
كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم يسري
الى الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب
الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السراية وفي الطلاق الامر على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل
في سائر الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما
اطراف وهي اتباع لا محالة وفاقا وردا عليها حمل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا
للتبع اما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي عم باليد عن جميع البدن في
قوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد اجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج
اذا قال اردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال راسك
طالق وعني اقتصار الطلاق على الراس لا يسعه ان يقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة
عن جميع البدن لا يسعه ان يقول بانها تطلق فاذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشايخ
فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور الحياة بدونهما بخلاف اليد والرجل
قال المصنف والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال
ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لان
ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر
الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل
بقدر الامكان لانه اذا اقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب الكل والا لزم ابطال الدليل وكذا
الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها
انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فثلاثة انصاف تطليقتين
يكون ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما اورد محمد
هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يوجب ان
يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية الطلاق يعني اراد ثلث طلقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين
باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة انصافها يكون ثلث تطليقات ومن الناس
من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله
انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا لا سبيل الى الاول لان
اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور
الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وقوله

الفرق بينهما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين ولم يقل فيه اوقع ثلث مرات
ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امرأته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت
ثلثا واجيب بان جوابه ان اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء الذي اوقعها ثمه
وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين
تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير
موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا وجه لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام
العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان وهو المنقول عن محمد في
الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي وهو الصحيح
لان ثلثة انصاف تطليقة يكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة
وقال بعض المشايخ يقع ثلث لان كل نصف يكون تطليقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزي فتحصيل ثلثة
انصاف طلقة ثلث طلقات لا محالة قال ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اذا طلقها
مشتمل الكلام على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا يدخلان وهو قول زفر او يدخل الابتداء
دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد
وجه قول زفر ان غاية الشيء لا يدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعت منك من هذا الحائط وهو
قياس محض وروي ان ابا حنيفة احتج عليه حيث قال له كم سنك فقال ما بين الستين الى السبعين فقال له انا انت ابن
تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي احتج على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال
لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له
ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسعة فتحير زفر وقال استحسن
في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد
حدا المحدود الغى آخر كلامه لعدم تصوره فيلغو وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا
الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال للغير خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين
ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرنا ومعنى الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى
في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب بانه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل
والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام
في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد بالاكثر من الاقل معناه اذا كان
بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه
اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض وقوله وارادة الكل
جواب عن قولهما يراد بالكل كما يقال للغير خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى
جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس ان لا تدخل الغايتان كما ذكرتم لان الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة
لان اوقع الثانية ولا وجود لها بعدم وجود ما يترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها وقوله كما في البيع

عن قوله

عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه
موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من
وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا
انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها وقوعها ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية
لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيها الى الاولى لوقوع الثانية واجيب بان قوله ثانية صار لغوا لان في
قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى
ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه
محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان
لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين ثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب
لان الغرض ازالة الكسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة
لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا
واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وقوله
ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة وان نوى واحدة مع ثنتين وقعت الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم يكن
لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل التأويل وهذا لان احد العددين
لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق
معنى فقهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب
والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين
تضعيف الاربعة خمس مرات وتضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون
اربعا لعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بينا يعني في قوله
ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة
يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء
انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال
انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عندنا فكيف صح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام
كنى عن الطول والكناية اقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه
خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان في هذا
اقرب ولنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بمكان الشام تقصير بالنسبة
اليها وراءه ولو قال انت طالق بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار
لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر وقوله وان عنى ظاهر وقوله عند تعليق الظرف فيما تعذر الظرفية
لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقارنة ما بينهما مناسبة من الشرط
والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف

كما ان الشرط يجامع المشروط **فصل في اضافة الطلاق الى الزمان** ذكر ههنا فصولا متعددة بحسب
اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه لاضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بمعنى
كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي
العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر
لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقايل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود
ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والاوسط والاخر فهي من اجزائه لا من افراده فتعين ان لا يكون
نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل
وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم يجعل غدا ظرفا لطلاق
آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه
نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا
وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان الكلام مصونا عن الالغاء فان قيل
هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوفة
اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى
لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة
الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله ولابي حنيفة انه
نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين
في القضاء اذا لم يكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفتها فتدين قضاء وديانة الا يرى
ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة
نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز
ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا تقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل
قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحيوة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف
وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله ذكر نصر الرسل المرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر
نصرتهم في الاخرة غير مقرونة بها في هذه الاية لان نصرة الله اياهم في الاخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا
فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الاخر واذا
عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز
وكان من الجائز قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع
احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد
تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم
تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان تخلق او تخلق ولانه
امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه
موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير

متصور

متصور لان المطلق اذا كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو
المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع
للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك
يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم
اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او هو محمول على الاخبار عن العدم مجازا فان دفع النكاح
يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لم يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى
اللغو فاما اذا افضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق
غيره من الازواج يعني لان هذه المراة اما ان تكون مطلقة زوج آخر اولا فان كان الثاني جعل قوله
انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك
الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن
تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح واما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير
مطلقة لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة لغيره فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا
لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله
ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان
فلذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فلذا لو ماتت هي وقع
بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال
فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم يمت فانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق
لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكم الوقوع وقد
تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق
قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها
والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها
فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم
التطليق في زمان يمكنه التطليق وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم
آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيان البصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال
رحمه الله ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فاما ان نوى شيئا
او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ
يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء وقال ابو حنيفة لم تطلق حتى
يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير
سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدلالهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة
الوقت الخالص في امر قيامه اي منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس
الحيس يدعى جندب لافادته في امر كائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى

عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله للشرط واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال
لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان
يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط
فتستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في وصيته لابنه واستغن ما اغناك
ربك بالغنى ٭ واذا تصبك خصاصة فتجمل ٭ ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة
وهي ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة
لم يتعين استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق
بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه
للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يصلح
ان يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير
فليطلب ثمه ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق واضح وقوله بقوله موصولا لانه اذا قال
ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لان وصل الزمان الخالي عن التطليق وقوله واخواته يريد
نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزع في الحال ونزل
منها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل موجودا وقتا لاشتغاله بالنزع والنزول وقوله
ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق هاهنا ثلاثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض
خاصة واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار
خاصة وفي مطلق الوقت بالاشتراك عند بعض وهو الصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على
مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود
القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيترجح احد معنييه على الاخر بما قرن به فان كان
ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة ان يقال لبست
يوما او ركبت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا اليق به وان كان مما لا يمتد
كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت وقدمت ودخلت
يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم
يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الاية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد
ليلا كان او نهارا قوله والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما لا يمتد فينتظم الليل
والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا
لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدك حر او امرأتك طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك
او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا او نهارا لعموم المجاز ولم يكن
الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه بينهما لامتداد المظروف في الثاني دون
الاول واعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف
والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب

فيه

فيه مسئلة الاختيار والامر باليد لان المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه في مسئلة
يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار
ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستعلام
الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها **فصل** لما كان اضافة الطلاق
الى النساء مخالفة لاضافتها الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل اخر متنوعة وكان
حقها ان تذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال
انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا
نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو
ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولهذا
يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك
صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم قلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة
ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها الممنوعة
عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج
مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك
شخص واحد وقوله ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي واردا عليها ملك النكاح بخلاف الابانة
لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فيصح اضافتهما الى الزوجين
ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لاتحدا في صحة اضافة
الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال انت باين او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا
باين او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك وعليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم
الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على
غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت باين او حرام واما الزوج فله
ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة
وقوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء ظاهر وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين
قوله انت طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق واحدة او لا شيء في حق التشكيك في الاجماع
او في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور هنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد فيه روايتان
لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير فانه لا يقع شيء فكان عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر
قول محمد في طلاق المبسوط بانه عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت
بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله له اي لمحمد انه ادخل الشك ظاهر وقوله
ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق
واحدة او ثنتين او ثلاثا كان الوقوع بذكر العدد لاطلاق العدد على الواحد مجازا من حيث انه اصل العدد

ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الحكم للعدد فكان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ يكون الشك الداخل
في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق او لا وهنالك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك
ههنا واستوضح ذلك بقوله الا ترى وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله لان الوقوع بذكر
العدد وقوله فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى وقوله بخلاف ملك النكاح
ضروري بيان لان النكاح انما اثبت الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا
طرأ عليه الحل اللفظي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا
ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما
بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا
ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من
وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من اثاره فلا يبقى مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا
من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا
بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا
يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لا عدة هنا يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها
بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة حتى انه لو اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر قبل انقضاء
عدتها قال رحمه الله وان نكاحها وهي امة لغيره ومن قال لامرأته وهي امة لغيره انت طالق
ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق
وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من ادواته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق
بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود
وللحكم تعلق به والمذكور يعني قوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى
امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع
الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق
دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق
لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع علية العلة
الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ
ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لازم
في غير القريب للاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو العتق
الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق اي
يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون
الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو
ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما
في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة

تصحيح

تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق
فما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقدير يجب ان يقع طلاق من قيل لها وهي
اجنبية انت طالق مع نكاحك لاشتماله بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه
النظر الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه
وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القرانة الذي هو حقيقة مع انما
كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا او تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك
فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا
صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت
حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة كما في المسألة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب
ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال لان الزوج قرن
الايقاع باعتاق المولى معنى يعني على جهة التعليق حيث علق بالشرط الذي علق به المولى فكانا
مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين
في السببية فكذلك حكمهما ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتأخر عن العلة زمانا عند
المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصلها الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق
مقارنا للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا انه
علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لان
الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق
يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العلتان
والمعلولان معا فكان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة
غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق
ثنتين وهما اي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد في الوجود فيتقدم
اوجزهما في الوجود وهو قوله انت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها
وهذا قريب الا ان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم اوجزهما

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت
طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصبع تفيد العلم
بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر
هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى
خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال
على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث
روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا بماء

صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ به فأدخل اصبعيه المسبحتين في اذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر اذنيه
وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان
الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله والاشارة تقع
بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله لان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تحصل به ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين
واعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس
كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق يغير
المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم وخروج الى الفرق بعد عدم
جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف
الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدمه تطليق اعتبر
الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم
يعتبر طلاقا فلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله ومسألة الرجعة
ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة تصريحا
بنفي المشروع وفي مسألتنا وصف بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكنه يلزم منها نفي الرجعة
ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخي العلامة وقوله فتقع واحدة بائنة
يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر قبل
اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان
يعني عندنا وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن او البتة
يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق فكذا اذا نوى به تطليقة
اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت بائن فكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا عملا
بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول
كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول يقع رجعيا
ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من
ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح
وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الاحكام الاربعة
وهو قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله
انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق او اشره
او اشده او اكبره او اسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في
الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن
فان قيل الافحش واشر ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فحشا والفحش الفاحش هو البائن والافحش
منه الثلاث فينبغي ان تقع الثلاث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير

زيادة

زيادة كقولهم الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور بمعنى للاضافة بالمعنى الثاني ولانه
ما وضع لايجاد الخبر وذكرنا الاصل الذي تبنى عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه
في قوله مثل رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون محمد مع
ابي يوسف وقوله مثل عظم رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقوله
مثل الجبل تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع ابي حنيفة وقوله مثل عظم الجبل
تقع واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما
عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله اعلم

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان للطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل ولهما احكام جمة ذكره
في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا وقعن وقال الحسن
البصري تقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله لصادفها وهي اجنبية فلا يقع
بها شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما ذكر في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف
لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر
العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير
شيء يحتمل العدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم
يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة
وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا
على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه
لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة ولو قال انت طالق
واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت
قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا انه
قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وهذه احدى المسائل الثلاث وهي قوله انت طالق
واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلاثا يوافق
ما قبلها وهي قوله وان طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان
الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وثمرة الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد
الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما
لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلاث
لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف قوله ولو قال انت طالق واحدة
قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وبعد للتأخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها
واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك
مبني على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده
واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في

في وسعه فاذا قال لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله
فتقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل فتلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة تكون صفة للثانية
فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان
في الوقوع والتعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية
قبلها فيقترنان لما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغو الثانية
لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة
مع للقران فتوقعهما لا الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فوقعتا معا وعن ابي يوسف في قوله معها
انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع وقوله
وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام
المحلية بعد وقوع الاولى قال رحمه الله ولو قال لها ان دخلت الدار اذا
علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره
فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع
بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك
عندهما وقال ابو حنيفة تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية
فيجمع بينها فتتعلق جميعا وينزل جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان
الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فانه ناصخة لا تغير موجب الكلام ولذلك
الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحقيقه في الخارج لا يكون الا باحد الوجهين وعلى اعتبار
الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق
واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف
ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف صدر الكلام
عليه فيتعلق جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا
تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء
فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء وقال ان حرف العطف يجعلهما
كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث
انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح قال رحمه الله واما الضرب الثاني
وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية
ما استتر المراد به وحكمها انه لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير
موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين اولا ثم الكنايات على ضربين ما يكون
الواقع به واحدة رجعية وما تكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك
وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او ما يقوم مقامها
من دلالة الحال وقد ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها

اي في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى او مضمر ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي رحمك كما اشار
اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق
سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة وقوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ
يعني سواء قال انت واحدةٌ بالنصب او بالرفع او بالسكون فقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض
المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للمطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى
لانها حينئذ تكون صفة لشخصها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع في الوجوه كلها لان نية
الطلاق تعرب عن الغرض وان اخطأ في الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال الحسنيين
والصحيح ان الكل على الاختلاف لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني وهو بقية الكنايات
وهي المذكورة في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى
ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله للطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة
الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلاث فلان الواقع
بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولاتصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك
وانقطاع يرجع الى المحل فتعدد المقتضى بتعدد المقتضي على الاحتمال فصح تعيينه والمثنى بمعزل
عن ذلك قال المصنف سوى بعض القدوري بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة
الطلاق وليس على الاطلاق بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيانه ويبتني بقوله والجملة وذلك
ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق بان تسأله ذلك وحالة
غضب الزوج والكنايات على ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي واذهبي واعزبي وقومي
تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان مراد الزوج بقوله اخرجي اترك سؤال
الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى
الرد فيها ان تنحي واقنعي بما رزقك الله من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع
الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا
لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاول تصلح
للسب والشتيمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا
ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية
مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح
ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما
يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله مما جرى هذا
المجرى يريد به مثل اعزبي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق
في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم
وهي ثلاثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة
الطلاق وعن ابي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك

وفارقتك وقال لم انو الطلاق صُدّق لما فيها من احتمال معنى السبب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الي بالملك او انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع الشر فيك وخليت سبيلك لقد تركتك وفارقتك في المضجع لدفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي قال رحمه الله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي تقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود لان الواقع بها طلاق واصلا لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق يعقب الرجعة كالصريح فانه انما يكون يعقب الرجعة لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر عن اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة واما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية و فهذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني وان جعلت الثاني تفسير الاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواصل البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجدد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله المأخوذ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال التصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لا بد منها وهو لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة قوله وليست كنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها قوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا تشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط

للطلاق البائن لان الطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله وانما تصح نية الثلاث جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صحت نية الثلاث في قوله انت بائن كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحدة البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا الا انه عدد خلافا لزفر وقد بيناه من قبل يعني في اوائل ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الى اخره قال رحمه الله وان قال اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لا غير وقع ثلاث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان ونوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلاث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل من الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع يمينه والله اعلم

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت

في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلافه فحل محل الاجماع
قوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو نحو ما
ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق
والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع
فكونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس
المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس
ما ذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المالك له عاملا لنفسه
والتوكيل يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا
لا توكيلا واورد على ذلك شبهة احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل
وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك
صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا لتوارد ملكه وملكها على الطلاق
دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج
في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن
صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها
في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول
التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة
الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها
وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة
والمنع مذكور في الزيادات ثم ان المرأة لها ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء
وقال علي تقع تطليقة رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود
انه لا يقع في ذلك شيء قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا
وان اختارت نفسها فواحدة بائنة وهو قول علي لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها
بها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها
تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا اليمين مخصوص بذكر
النفس فصح ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين
فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح
وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج بانها
اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله [illegible]
بقوله اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله
ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادتها اعادة كلامه فكانها قالت اخترت نفسي
باختيارة وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بان ما يقوم مقام النفس في التعيين

لان الهاء اي التاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد وكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها
نفسها لانه يتجدد مرة بان قال اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري
نفسك بما شئت او بثلاث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد
لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت
نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري
فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار
ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو
قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني
انه اراد به الاستقبال او يحتمله لانه لم يرد نصا كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق
نفسي فانه لا يقع الطلاق وجه الاستحسان حديث عائشة وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها
النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا
جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بامر فلا تعجلي حتى
تستأمري ابويك ثم اخبرها بالاية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله
والدار الاخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وانه كان على صيغة المضارع
المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يجب ان
تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا
يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمة حالة قائمة
بالمتكلم حتى يقع قوله اطلق حكاية عنها من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يوجد فعل
اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود
المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار
من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة
في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف
بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنيي المشترك يرجح بدلالة تدل
على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال بان العادة العرفية والشرعية تدل
على ان مثل هذه الصيغة للحال لقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشرع
كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال
بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس من وظيفة النحو فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو
وظيفة الاصول او وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم
واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال بمثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم
من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح

لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما
عرف قال رحمه الله ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ولو قال لها اختاري ثلاث
مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة ولا يحتاج الى
نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات
لدلالة التكرار عليها اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر
النفس لزوال الابهام قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل
ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت
الاولى اخترت ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت
بذلك وفي ذلك تقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا
يترتب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب
في فعل الاعيان يقال هذا جاء آخرا وكلما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو
الاولى واخواتها واذا الغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب
فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغي في حق الاصل لغي في حق البناء واذا
في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فتقع الثلاث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق
الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد
سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصف والجواب عن الاول ان اهل اللغة
ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك
الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من
ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فتكون الاولى دالة على الفرد
السابق ومعنى السبق هو المقصود فيكون الترتيب اصلا والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم
الا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا
ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او
اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ
يعني قولها قد طلقت نفسي واخترت بتطليقة يوجب الانطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة
لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا
اللفظ يوجب الرجوع فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار
وهو يفيد البينونة اشار الى الجواب بقوله وكانها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا
من حيث ان الاختيار قد حصل بها لكونه من الكنايات قال الشارحون وقوله يملك الرجعة غلط
وقع من الكاتب لان المرأة انما تتصرف حكم التفويض والتفويض بطلقة بائنة لكونه من الكنايات
فيملك الابانة لا غير والصحيح من الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع
الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه

مثل

مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي
خان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول الاكثر من الواحدة وانما تكون بائنا
لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس
وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة
لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير
بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان
قولها اخترت انما لا يصلح جوابا للقول طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ
الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان
صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى
وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة اذا جعل الرجل امر امرأته بيدها
فالحكم فيه كالحكم بالتخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان
الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع
عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ
حتى لو قال اخترتك لنفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد لكن ذلك فينبغي ان لا
يصح قياسا كما في الاختيار الا انا ثبت انه اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدك وقع
الطلاق فيندفع واذا قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي
بواحدة فهي ثلاث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة
على الثلاث اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
فكانا متناسبين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلاث
فلان الواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة
واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاولى الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة
على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمعناها وبذلك اي بقولها اخترت نفسي بمرة
واحدة تقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة وحين نوى الزوج
الثلاث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة
او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على
حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة
لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله في الواحدة
صفة للاختيارة لانه اعاده لبيان قرينة المحذوف وكانه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة
اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك
من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة وكان التفويض في البائن ضرورة

انه ملكها امرها فقوله في البائن خبران وتقديره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها امرها
فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له
فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه
فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب
امرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل
هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار المقابل
فيه لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في
مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجب علاوة
الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول
هذا الفصل وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص
قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشياء
كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك
بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فتكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري
لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع
قال رحمه الله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك
اليوم وبعد غد لم تدخل فيه الليلة حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر
في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد
بينهما وقت جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا
امرين فيرتد احدهما لا يرتد الآخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم
وقوله ان ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيها الليل وهو كما ترى ادلة
ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد فكون احدهما
معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التأقيت
فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير
متصل احدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيتوقت بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ كانه
قال وامرك بيدك بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر قوله
ولانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمرأة ان ترد الامر باليد الذي حصل لها
من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقع زوجها عليها بقوله انت طالق
واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها ان تختار نفسها غدا وقوله وجه الظاهر
ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة هذه هي الرواية
الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلافا اصلا وقوله فان قال امرك
بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه

فى اخر

في آخر فصل اضافة الطلاق والى هذا اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به اي
بالنهار ثم ينقضي بانقضائه واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في
يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه
تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار
من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان
قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا
لم تقم عن مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما
تناف ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او صمم
فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء
المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك
فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على
معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب
تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار
صار الامر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة
وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان
الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما
يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب فيما وراء المجلس اذا كانت
غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان
التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر
مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق
ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل
بالتحول الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس
المناظرة المحاورة وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله وليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد
على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير
قوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لانه من جزئه لان
قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف
في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين
مذكور فيما ذكرنا قيل انما خصصنا ابا يوسف بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقل
عنه وقوله ولو قالت ادعو ابي استشيره ظاهر وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني انها اذا
سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر والله تعالى اعلم فصل في المشيئة قد تقدم وجه تقديم

الاختيار ويعود السؤال عن تقدم الامر باليد والمشية دودي فيسقط ومن قال لامرأته
طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت
نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله طلقي
ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشية فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشية اولى
وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق
بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح
الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت
والفاظ الطلاق يوافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل
واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا الا انها زادت فيه في الجواب وصفا وهو
تعجيل الابانة لان الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما
زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار
اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وقوله وينبغي ان تقع تطليقة
رجعية انما قاله لهذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر وادى انه مستغن
عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق
بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت
بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه
الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها
ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين
التفويض والجواب والمعتمد هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك ظاهر وحكمه
اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احدهما ما وجه
اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك
فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص
طلقي نفسك بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما تكون فيما وجوده
متردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب
عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل بنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها
عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها
اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من باب المشية او لا والحال شمول التمليك
او شمول التوكيل او التحكم الباطل وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولقائل ان يقول التمليك
في هذه الصورة موجود اولا فان كان الثاني لا يقع على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر
على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتأخر
لمانع كما في شرط الخيار وهو طريق تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال الرجل طلق

امرأتي

امرأتي واضح ومناط ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد
علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج
ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف عن
مشية لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان هذا
توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشية لا يخرج التوكيل
الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته لا يقال قد
تبين آنفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية مشيتان تفتقر اليها الحركة الارادية
وهي ثابتة في كل مختار بها ومشية اخرى يترتب عليها استحقاق الفعل وتركه والاولى ثابتة
في التوكيل مع جهة خطر رفعها قوله طلقها ايقاعا للفعل الموكل والثانية انما تكون في الملك
وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل
ان يقول لكونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة اقول انما بني الكلام
على ما قد ثبت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف لا على
ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على
ما مر ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان
قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امرأتي فيحتمل ادى الرسالة فاذا
بذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل
يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص قوله والطلاق
يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل بالبيع لا البيع
نفسه والتوكيل قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع قال رحمه الله وان قال
لها طلقي نفسك ثلاثا هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة
واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقتها وضرتها وكما تقدم فيما
اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت
من صفة البينونة لعدم المطابقة في اصل الطلاق فتكون بقولها طلقت نفسي ممتثلة
ويلغو قولها ثلاثا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة
كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل تقدم
من مذهب اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون
لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة
واما الثلاثة ههنا فمعدوم والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن
اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلاثا وقعت وقد اتت بغير ما فوض اليها
اذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد
يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما وقعت

ثلاثا فعند وا فقهما فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة وقوله
وان اوقعها بطلاق علك الرجعة ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان
معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لا بد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر
مثله متاخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلاث ولم يوجد بمشية الواحدة وكذا عكسه عند
ابي حنيفة لان الشرط مشية الثلاث ومشية الثلاث ليست بمشية للواحدة كما ان ايقاع الثلاث
ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث
من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني
انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح للطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول
بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشية فيكون شائيا لمشيتها
لا للطلاق فهما لا يقال لكلامها مبنى على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لما خابا لاشتغالها بما لا يعنيها
فيلغو ما يبنى عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده
وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشية تنبئ عن الوجود قيل لان
المشية في الاصل ماخوذة من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق
بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحمى رائد الموت اي طالبه
فان قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب
انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان
لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر وقوله لانه
التعليق بامر كائن تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله
وليس كذلك واجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية
عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير
المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الى آخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظر
المكون للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا
يخرج بالشك وقوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق
كلما شئت ظاهر وقوله فلا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت
نفسي ثلاثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث
شئت ظاهر فان قيل اذا لغا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال
انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بانه حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحروف الشرط
ايضا تفيد ضربا من التاخير فيشتركان في حقيقة معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حروف الشرط فان قيل
اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لما ذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا
مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا او متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا

عن اذا او متى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لما انها لمحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار
بالاصل اولى وليس غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لو قوعه في زمان دون زمان واما اذا كان
واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت
طالق غدا او عموما كما لو قال انت طالق في اي وقت شئت قال رحمه الله وان قال انت طالق كيف
شئت اختلف علماؤنا فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها او لا فقال
ابو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت طلقة رجعية
والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا تخلو من ان نوى الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت
مشيتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها
فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء
لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت اوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض
التعليق اليها على اية صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل بمشيتها
لتثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي
حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اية صفة من الصحة والسقم
وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصف ليس تفويضا في وجود اصله والا لكان
كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول
ان يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بسائر
التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف بمعنى العدد والبينونة
فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان للمراة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلاثا
في قول ابي حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا
الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض
بسائر التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بمانع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع
دونها فيكون في وجوب التعويل نظر يوضحه ان المتاخر الى المشية ما علق بها والتعليق بالمشية
المنفصل بجملة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا
اصل الطلاق ومفوضا الوصف المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان
في غير المدخول بها لا اثر لمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيتها
وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشية بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني
اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة ولا خيار للمعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق
حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة لانه ما اورده في هذا الفصل من
الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غير فذكره ليبين ان ما
ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق كم شئت او ما
شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او

ثنتين او ثلاثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه
ان يطلقها ثلاثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة
القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء
فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير وفي
الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها قوله لانهما يعني كم وما تستعملان
للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة للوقت
كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت
العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك
لانه تفويض الى المرأة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت ما مستعملة
بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض
جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان
قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت الامر كان ردا
لان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد
يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه
خطاب في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب
في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده
لعدم التكرار وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين
دون الثلاث عند ابي حنيفة وقالا لها ان تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تكون
للتمييز بمعنى البيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون
لغيرهما كما عرف في ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا
قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض
وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانهما بالنسبة
الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحدة لانه ليس بعام اجيب
بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض
بدليل خارج وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة فان النكرة اذا اتصفت بصفة
عامة تعم كما عرف وهيهنا كذلك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف قيل ثم انها ان طلقت نفسها ثلاثا
لا يقع شيء عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا
التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا تقع وقد مر والله اعلم

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من باب تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا
من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر مما
يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة

ما يحتمل

ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كان على الخصوص
كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق وهو
قول عمر روى ذلك عنه في المطلقات وقال الشافعي لا يقع وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك
بقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فابى
اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك
لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست علة في الحال عندنا
على ما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع
الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالمعلق لدى الشرط وانتفاء المانع
بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه
فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك
ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قايل ثم قوله
وقبل ذلك اي وقبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف
فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير
وقوله والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق
وتحقيقه انهم سألوه عليه السلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه
وانما الكلام في ان تعليق النكاح بالطلاق جائز او ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او
اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله
واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق
لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب
الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب
لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله فصح يمينا يعني عندنا على ما مر او ايقاعا يعني
عند الشافعي فان عنده كونه طالقا يتعلق لا التعليق وكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه
ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى الملك لان الجزاء لا بد
ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا
فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل على الحمل او المنع اللذين
عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند
الشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني
الحمل والمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك
كقوله ان ملكتك فانت حر لان الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك قوله فان قال لاجنبية

تزوج على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر ان تزوجتك حتى يؤول معناه
ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يتم به
فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى المنحة كذا قال بعض الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس
بيمين حقيقة وان كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار
فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى
وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة
من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج
اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول
فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه **قال** رحمه الله والفاظ الشرط عبر
بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد ان حرف الشرط وضعا
وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها
في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائها بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل
له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل
ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فلا يكون لها مدخل في ذلك وقوله لان الشرط مشتق
من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى
ما ذكر في الكتاب بان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق
الكبير وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي
فيفقد ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها
اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك
السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح
الاستدلال فدليله هاهنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله ان الشرط
مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما تليها الافعال وهذا ايضا
مسلم ولكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه
واضح وقوله الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة
التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط تنحل
اليمين فان من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت
كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم
في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن
الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الحظر انما يحصل باعتباره
وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء
ولم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال

لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار واما اذا
قال كلما دخلت فانت طالق طلقت حتى ينتهي الى الثلث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر
الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط
والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر رحمه الله ولو دخلت على نفس التزوج
بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكر
ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قال**
رحمه الله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها
لم تبطل اليمين لما مر ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء
ايضا باق لبقاء المحل وهي المراة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي حجة للخالف فان قيل
سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرطه وقوعه في الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام
ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا تحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز
ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو
اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم يوجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل
التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد
في الملك فينزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود
الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية
وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله ولم
تطلق فلانة ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه
يقع وقوله كما قيل في العدة والغشيان اما قبولها في العدة فبان تقول انقضت او لم تنقض
واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت
بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته
بقولها انا طاهر او حائض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها
في حقها وفيه بحث وهو انه لا يخلو من الحيض وعدمه والمال لشمول طلاقهما او شمول عدمه
لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا
يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء
موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت لقولها حضت في
هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب
اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو واحد الحل للزوج
والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن
فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه
لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة

اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار
جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولو تيقن
بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب ان لا
يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه
بالعذاب فلم يكن كذبها متطوعا به وقوله ووضعها ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا
واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال
اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان
الطلاق بدعيا وقوله واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد طهرة
وقوله وفي حديث الاستبراء يريد به ما قال عليه السلام في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن
بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان اياها عشرة وبالانقطاع
والغسل وما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال لزوجها انت طالق اذا
صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فكذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانها
اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكر في الكتاب قال رحمه الله ومن قال
لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة هذه المسألة لا تخلو عن اوجه ان علم ان الغلام ولد اولا
طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده وان علم ان الجارية ولدت اولا طلقت ثنتين
وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه في القضاء واحدة لانها
ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها
قبل هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره احتياطا لانها مطلقة ثنتين وترك وطء امرأة يحل له وطؤها
خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام
اولا الى آخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمرو على ما ذكره في الكتاب
واضح سوى ان الناظر يذكرها وقوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما
فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان
صحة الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قائمة فتكون صحته قائمة به بان
يكون محله ذمته ولا يحتاج الى المحل لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب
الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن
موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا او مانعا وحالة قيام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل
الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين تقوم بمحله وهو الذمة كما اذا
علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم
تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضر وقوله وان قال
لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسألة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب
فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق

اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم قبل الدخول في الدار يقع الثلاث لان
الثلاث معلقة بالدخول في الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم
طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة
عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحققه واذا قال لها اذا دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت
الدار لم يقع شيء وقال زفر تقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد
بطلقات في هذا الملك دون ملك فلا يتقيد به قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد
تزوجها بزوج آخر فتبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا ان الجزاء طلقات هذا
الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر
عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع
او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات
بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء
اذ الكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح
ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا
واجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة
الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها و
والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله
بخلاف ما اذا ابانها متعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث اي فات الجزاء بتنجيز الثلاث
المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا
اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسألة
الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسألة
الظهار فان هذه المرأة لو قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي فطلقها
ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان
العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق
اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير
الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني
الا انها ان دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة
بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ
ثبت الظهار قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا ظاهر وقوله في الفصل الاول
يعني اذا لم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه جعل الدوام على الجماع

الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي وقوله ولادوام للادخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولادوام له وقوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي في الجامع الصغير وقوله لوجود المساس اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابي يوسف واما كلام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان لا يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتاخيهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه بتغير كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يغير بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يغير اول الكلام او باعتبار ان ان شاء الله تعالى سمي ذلك استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل ابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني والى هذا اشار المصنف في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق ويتبين ثمرة هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تعالى واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط هاهنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل ولهذا ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان ماتت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لانه يبطل الشيء ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيتحقق بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر

المثال الى اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويقول انه لم تتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احترازا عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وهو ضعيف اصلا النقض واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما به وصار فيا للفظ اليه فبقي كلامه الاول كما كان وتقع الثلاث وظن بعض اصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله لما نحن اذا كان صحيحا ظاهر والله تعالى اعلم بالصواب

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض منعوتا بالبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية واخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترث ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فصح منه ثم مات لا ترثه وبغير رضاها لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترث لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت في العدة لانها ان مات بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية وقد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطاله هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان قيل انه كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق لبقاء السبب وهو النكاح قائما وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في

في العدة باق في حق بعض الاثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت و
نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعاً للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء
العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلاً وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن
قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت معناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المراة لكونها
صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم
على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية
بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير
فانه لا وجه له وقوله وان طلقها ثلاثا بامرها ظاهر قيل سوالها للطلاق لا يربو على قولها اسقطت
ميراثي من خلافة ثم لا يسقط اجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن بسببه وهو الزوجية
يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاضها
فيسقط الارث ضمنا له وكم من حكم ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه
دليل الرضى بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال لتحصل الفرقة لها وهو ادل على الرضى بها وقوله
وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة ويجب اقرار ووصي
بالغاما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث
لما بطل بسوالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي
عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية
فانعدمت التهمة واستوضح ذلك بقوله الا يرى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة
ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم
صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث
لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق
لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذلك يتواضع مع بعض قرابته بدعوى ايثاره على غيره ولكنه
امر بطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقام الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية
لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى
لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب للتهمة ثم جعلها دليل التهمة
واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسيمان
ولابي حنيفة في المسئلتين التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج
بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه
وقوله ولا موضعه جواب عن قولهما الا يرى انه يقبل شهادته لها وهو واضح قال رحمه الله
ومن كان محصورا او في صف القتال لهذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقرب
الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا

في المعنى

في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الموت غالبا ان يكون صاحب فراش وفسر بمن يكون
بحال لا يقوم بحوايجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا اخوات تخرج على هذا منها راكب
السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض فهذه الحالة
ومنها المراة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد
والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في
الطلاق وغيره لانه مادام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد
فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم
قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث
لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت
وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت
بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت
وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا وانما قال
الرجل لامراته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يصح طلاقا
باينا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق باينا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء
بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا يظهر بمسئلتين
احدهما انه لو علق طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير
واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امراته بشرط ثم حلف ان لا
يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله والفعل مما له بد منه
او لا بد له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه
اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل
فلا يصير الفعل ظلما فلا كره واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه
كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصايل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما
ان عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني صار كانه طلقها بسوالها
لما ان الرضا بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه
ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره
فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بانه حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة
بشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكم ايضا بشبهة الرضا
ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضى المراة فكفى ذلك لنفي حكم الفرار وقوله وفي العقبى
راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلاة
فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد
اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن فيه لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد

بعد ذلك من صنعه غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدًّا فيكون
هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة فكذلك
ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارًّا فإن قيل فهذا مناقضة من
جانب زفر لأنه قال فيما تقدم أن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعًا في المرض فالجواب أن معنى
قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل
صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار
وقوله لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة أي الجأ فعلها الذي لا بد لها منه علة لا لإسقاط حقها ولو
طلقها فارتدت بأنه لو طلقها ثلاثًا أو بائنًا فإنه لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الردة إذ يظهر
فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فإنها لا ترث في المطاوعة بعد البينونة وأما إذا طاوعت
ابن الزوج حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لأن
المحرمية لا تنافي الإرث يعني بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت وقوله وهو يبقى لا الإرث هو الباقي
وقوله فتكون راضية ببطلان السبب أي بسبب الإرث وهو النكاح وقوله وقال محمد لا ترث قيل لأن
الطلاق إنما يقع بلعانها لأنه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فإن قيل الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي
عندنا فكان القضاء آخر المدارين أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم أبدًا يثبت
بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة في ذلك
لاستدفاع العار عن نفسها فكانت ملجأة بفعل لا بد لها منه وقد بينا الوجه فيما مر في الفعل الذي
لا بد لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة وقوله وإن آلى وهو صحيح ظاهر وقوله وقد ذكرنا
وجهه يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا في آخره فإن قيل لا نسلم أن الإيلاء نظير
تعليق الطلاق بمجيء الوقت وإن كان التعليق في الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء فإذا
لم يبطل في حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا فكان نظير
من وكل وكيلًا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارًّا لتمكنه من العزل فإذا لم يعزل
جعل كأنه أنشأه فكذلك ههنا أجيب بأن الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء
إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنًا مطلقًا بخلاف مسألة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان
الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها
منه بد أو لم يكن والباقي واضح والله أعلم

باب الرجعة

لما كانت الرجعة
متأخرة عن الطلاق طبعًا أخرها وضعًا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح
أفصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط أحدها تقدم صريح لفظ الطلاق أو بعض
ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون بمقابلة مال والثالثة أن لا يستوفي الثلاث من الطلاق
والرابعة أن تكون المرأة مدخولًا بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد لثبوتها
بالكتاب والسنة والإجماع وألفاظ الرجعة أن يقول راجعتك إن كانت في حضرتها أو راجعت امرأتي
في الغيبة بشرط الإعلام أو في الحضرة أيضًا أو يقول رددتك أو أمسكتك أو يقول أنت عندي كما كنت

أو أنت

أو أنت امرأتي إن نوى الرجعة ولا خلاف لأحد في جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن يطأها
أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة فهي رجعة عندنا وقال الشافعي لا تصح
الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح
لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حرامًا كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة
النكاح كما بينا وهو إشارة إلى قوله ألا ترى أنه يسمى إمساكًا وهو الإبقاء وقوله وسنقرره
إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها إلى آخره وقوله
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله كما في إسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة
استدامة الملك والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار فإن من باع جارية على أنه
بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار كما إذا أسقط بالقول بل ههنا أولى لأن في البيع يحتاج إلى دفع
السبب المزيل وهو البيع أما ههنا فلا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى منع ما لولاه لزال والدفع
أسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتيج إلى أن
يعينه فقال والدلالة أي الدليل فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح فتقع دلالة
وقوله خصوصًا في الحرة لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح وأما في الأمة فيحل به وبملك اليمين
أيضًا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشهود
والزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة
فلو كان النظر إليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فإذا بلغن
أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا قال رحمه الله
ويستحب أن يشهد على الرجعة إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا علي بأني راجعت امرأتي
وإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك وهو غريب لأنه لا يوجب
الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطًا على الرجعة لهما قوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن
بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب ولنا إطلاق النصوص
عن قيد الإشهاد وهو قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف
وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه
وسلم مر ابنك فليراجعها وقوله ولأنه أي الرجعة بمعنى الرجوع على تأويل المذكور استدامة النكاح
كما تقدم والاستدامة إنما هي حال البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق
فكانت كالفيء في الإيلاء فإن الشهادة عليه ليست بشرط لكونها حالة البقاء إلا أنها أي الشهادة
مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها أي في الرجعة وما تلاه يعني من قوله تعالى وأشهدوا
ذوي عدل منكم محمول عليه أي على الاستحباب دفعًا للتناكر فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق كما في
قوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا
وهي أي الإشهاد فيها أي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة واعترض بأن القران في النظم لا
يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأجيب بأن ذلك فيما إذا كانا

على احدى الجملتين المتغايرتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل في كل جملة
من الجملتين مستقلة بحكمها فانما يعقبها جملة اخرى تعلقت بهما واحداهما تقتضي تعلقها
بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين
مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها
قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني
فكانت عاصية وزوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت
الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه
وتصرفه لا انشاء في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب
بانها الجانية وجب بغير سؤال وقعت في المعصية لان التفحص جار من جهتها واذا انقضت
العدة فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر
عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته
ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وقدم في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت
عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق
وان كان الاول لم تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا ان الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى
ان تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها
امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق
المخبر عنه ولا دليل على مقدار سعته واقرب احواله حال قول الزوج فكان مصادفا حالة الانقضاء
لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء
العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى
وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم يصح بالاتفاق
الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى
لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا
بما هو خالص حقه فلا ترد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهي
اي ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على
قولها فيكون القول قولها لكونها امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة مبني على قولها ولم يذكر
الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقته في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها
فان يكون اقراره بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك فكان الفرق بينهما
وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى

البضع

البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو منكر وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية
العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها
فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة حتى بقيام العدة عندها اي عند ابي ح
الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ففي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا
اليه قوله وان قالت قد انقضت عدتي الظاهر ان الضمير في به راجع الى الانقضاء قال رحمه الله
وان انقطع الدم من الحيضة الثالثة كلام واضح وقوله بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي
وقت الصلاة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات
وقوله واذا تيممت وصلت اطلق الصلاة ليتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى يثبت به من
الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة التلاوة
وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه الاحكام ضروري وجواز
الصلاة بالتيمم اما قراءة القرآن فلانها ركن الصلاة واما المسجد فلانه مكان الصلاة واما سجدة
التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان تقرأ في صلاتها اية السجدة وللقائل ان يقول الحاصل
من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال اداء الصلاة فلا يكون قبله
طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها
فكان الواجب ان لا تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة والجواب
ان الضروري معنى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلاة انقطاع
الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم
لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة
في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا
من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كالاصبع
ونحوه انقطعت قال المصنف وهذا استحسان اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه ان القياس هل
هو عضو فما فوقه او ما دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع
الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان
لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس ان تبقى الرجعة لبقاء
الحدث والاستحسان ان تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم
وصول الماء اليه والمصنف اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة
لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون العضو ان لا
يبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين
الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا
يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان
منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه

لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولاً علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا ينقطع
الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق المص في هذا الايراد اللطيف الذي
قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق
كترك عضو كامل والواو بمعنى أو لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان
حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد هو اي
كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيتهما اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان
في الغسل عند مالك والشافعي فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا خلاف
لاحد في فرضيته قال رحمه الله ومن طلق امرأته وهي حامل ومن طلق امرأته وهي حامل
او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر
الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون
منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطء منه
وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق
في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين
احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله
لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم
استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان
الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع
وعن الثاني بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب
عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق
الغير به وقوله الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان
الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء فلأن تثبت به الرجعة التي ليست فيها
جهة العقوبة اولى وقوله وتأويل مسئلة الولادة ظاهر فانه خلا بها واغلق بابا وارخى سترا على ما ذكر في
كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها
ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه
فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب
بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير
مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل
وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن دفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه ويتعين للمسلم اليه
على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول
لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب به فان راجعها بعدما خلا بها وقال لم
اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة

السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال العلوق فان الولد يبقى
في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما
بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله
لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد
الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال رحمه الله فان قال لها اذا
ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ثم ولدت ولدا فاما ان يكون بين الولدين
ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع
بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا تثبت
به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو
واضح وقوله وان كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت
بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت
الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق فكان رجعة
وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
التشوف خاص في الوجه والتزين عام يفتعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو
وهو ان تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه وكذلك
جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها
الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره
اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل
قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج
من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان
الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله ولان تراخي عمل المبطل لحاجة
معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة
الزوج ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته
اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل
على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت العدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه
دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وقد يجاب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما
اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون
مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالنص كعمل المبطل وانما ظهر عدم
الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل
المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله لا

اذا حاضت فانه طالوعان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا
لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة
الرجعية بمنزلة المبتوتة فقد براحيها لم تزد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر
فلذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة وتتقرر ملك الزوج
وقوله على ما قدمنا يعني في اوايل الباب بحيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين
وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطء
بالزوجية والزوجية زايلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قايمة ولهذا يملك
مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زايلة لكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بدون
رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت
نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده
براي بالرجعة بنا وبل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالمراجعة
فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك يوذن بكونه استدامة لا
انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان تكون الرجعة انشاء لان
الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القايم فكانت الزوجية قايمة وقوله والقاطع
جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى
مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار
تاخر عمل البيع في اللزوم الى المدة نظرا لمن له الخيار

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي وذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات ففصل على حدة واذا
كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهو
كونها ادمية ليست من المحرمات باق لان زواله يتعلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ونحن بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود
دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعد بالاصل اذ العلة لم تنعقد علة بعد واذا
كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص
قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة
مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ويمنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه
ان المراد بالاية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه اي في تجويز نكاح معتدته [illegible] الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون
في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والايسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي
والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة واجيب
بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما
ذكر من الصور واقول لما ذكره اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا

صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثم مانع اخر
وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح
زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل
والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة
الواحدة لا تتجزى فكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج
اخر مطلقا حيث لم يتقيد صحة ولا فسادا والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول
والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة
الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى
تنكح زوجا على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق
اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس
اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امراته
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت
عبد الرحمن بن زبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله
ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وان ما معه
مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي
عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر
في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويته وهو المذكور في كتب الاصول وهو حديث مشهور
تجوز الزيادة به على الكتاب ولشرح اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب
ثم ولا خلاف فيه لاحد اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر
المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا اذا قضى القاضي به اي
بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة
فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه
ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج
وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال ومالك يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج
دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ
في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه
قال وقوله فسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الحلم وهو ظاهر
ووطء المولى لا يحلها اذا طلق امراته ثنتين وهي امة الغير فوطيها المولى بعد انقضاء العدة
لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى ليس بزوج وما قال في شرح الاقطع
روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا

هو ذو دين فقام على مغضبا كانها ما قال لا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان
قال تزوجتك على ان احللك او قالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه
لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة فيحمل الحديث لا فساده فان طلقها يعني
الذي يشترط التحليل بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل
بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا
ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شرط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد
انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يحلها على الاول لانه تعجل
ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فلشرط التحليل صيره
مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويستي ان ابا
حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئها اياها يجبره القاضي
على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني بابائه او باجبار القاضي اياه قال الامام ظهير الدين
هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب واذا طلق امرأته الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت
عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج
الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول
كان لم يكن ولا يحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا او فرادى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر والشافعي لا يهدم ويبقى
الزوج ما كان بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي بن
كعب وعمران بن الحصين وابي هريرة فاخذ الشيخان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والشاب
من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة
فهو منته لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل
ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له
ووجه الاستدلال ان اهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل
الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق
او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزام تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير
الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا
ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا
لامرين احدهما ما ذكره المصنف ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة الثلاث
والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا
لقوله هو محمله معنيان احدهما ما ذكره وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ

يندفع

يندفع الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج
الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما قررناه
فكانت المطلقة الثلاث وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت
عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا تصدق في اقل
من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها
في آخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلاثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة
اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما
لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي حنيفة فيجعل كانه طلقها
في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه غاية لاكثر الطهر
فقدرناه باقله وحيضها خمسة لانه من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او امتد الى اكثر الحيض
فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة واربعين وثلاث
حيض كل حيضة خمسة خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد واما على رواية الحسن
عنه فيجعل كانه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر
اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها يقدر حيضها
باكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر يوما ستون
يوما وقوله وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لانه لم يذكرها
في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة
فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يكن في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون
وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر واقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر والله اعلم بالصواب

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق ومنه التحريمات
التي تتفق من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار
فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلاء
لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء فكان ادنى درجة منه في الاباحة
وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس
عن قربان المنكوحة اربعة اشهر منعا مؤكدا باليمين بحيثية سبب الطلاق الرجعي وهو عدم
الموافقة وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق
الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير مستعقب
نقصان عدد الطلاق فيطلاق الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة
ومن اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله
لا اقربك اربعة اشهر ونحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر واشباهه وحكمه لزوم الكفارة بالقربان
في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع طلقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على

الحنث والبر فيه شيء وعن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل لامرأته
والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص
اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب
الحنث وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة
والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا
وسقط الايلاء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم
اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة
على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة
لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها
بمنع حقها وهو الوطء في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تغليظا
عن ضرب التعليق ولا يحصل التغليظ بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة
الثلاثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن
عمر وعند المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله
بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها
فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم
يسقط فكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق لمنع حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم
ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك ولان الايلاء
كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فحكم الشرع بتأجيله
الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق القاضي وقوله
فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة
اشهر او على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني
فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع بها الا انه لا يتكرر الطلاق
قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا
حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول
يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق
الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن
الا يرى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط
متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اشهر بعد انقضاء
عدتها عاد الايلاء فان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر لان اليمين
باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء

هذا الايلاء

هذا الايلاء من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان هناك الايلاء يعتبر
من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها ثالثا وفي بعض النسخ ثالثا
ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء
والاول اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان
اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك
الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا
انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق يختص بطلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق
وهو فرع مسألة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر وقد مر من قبل اي في باب الايمان
في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا
لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث
عليها ولذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يكن موليا الا عند زفر واما
الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال رحمه الله فان حلف
على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو موضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين
او ثلاثة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا
كان يقول ابو حنيفة اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فقيل
فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر اطلق
الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من حلف لا يقرب امرأته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص
اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابو حنيفة
عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان
مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقديره واسأله للذين يؤلون
من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله ولانه
الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره ان الامتناع
عن قربانها اي عن قربان من الى منها وضعا شهرا في اكثر المدة وهو ثلاثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه
يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين
فكان يمكن لم يقربها اربعة اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع
الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال المصنف
ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره
ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع
وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يعد
المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك
شهرين بعد هذين الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد الاسم

في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة تدخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في مسئلة
الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون
موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا باليمين
الاولى شهرين وبكلمة الثانية مضافا الى الاول بقوله بعد الشهرين الاوليين اربعة الا يوما مكث فيه
فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال
والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر فصارا
اجلين وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي
فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة
فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا اكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر
واحد تنتهي الايمان كلها فلذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحد من اليمين فيمكنه قربان
امرأته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة
الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن
موليا خلافا لزفر هو يقول بصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت
مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس بصادق على من
نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم مر عليه بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم
المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه متعين فكان تغيير الكلام
من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة
الى الصرف الى آخر السنة لتصحيح عقد الاجارة لانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها
في يوم والباقي اربعة او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل
الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل
بمن له اربع نسوة وقال والله لا اقربهن حيث لا يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر
عندنا خلافا لزفر مع انه يمكنه ان يطأ كل واحدة منهن الحال بان يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما ان
الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان يأتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربع له
ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة ينبغي
القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء
لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها
في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا تلزمه الكفارة بقربان بعضهن
لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان
الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار الظلم وذلك انما يتحقق
كل واحدة منهن فلهذا بانت بمضي المدة كذا في النهاية قال رحمه الله ولو حلف بحج او
بصوم لما فرغ من اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان يعلق

قربانها

قربانها بحج او صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر
الشرط والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لانه لا يحصل عدم ما يحلف فلا يمنع
المانعية فيه اي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها
من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا
بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود
شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها
بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله وان آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء
جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة
ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون
الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة
الكردري بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا
بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه
فكان الحكم المترتب على نساء الازواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة
الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا
مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع
الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة
في حقه اي في حق الحنث لان اليمين تعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا تعتمد حله شرعا
الا يرى انه لو قال والله لا اشرب الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل
حراما محضا ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي هي مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت
لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا
للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وقوله وان كان المولي مريضا هذه المسئلة على ثلاثة
اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدار ما يستطيع فيه ان يجامعها
ثم مرض بعد ذلك وفيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان
كواجد الماء في اول الوقت ولم يتوضأ حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها
فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني
انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال
ذلك سقط الايلاء عندنا وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان
فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان
لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر ولنا انه آذاها بذكر المنع لان الزوج لما
كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه
حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان

ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا
الوجه ان تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان
المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم عن حقها اذ ليس لها حق
في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الائمة الكردري وقد ذكره شمس
الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة
وفيئه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يف اما اذا لم يف فظاهر وكذا اذا
فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا
حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها
ايضا بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء
ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق
بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل
واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا
بالارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا لانه
نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون
كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره
الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء وذكر الطحاوي
والكرخي في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهرا لكونه تحريم
الحلال كما نذكره ولو قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين
فهي واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال
اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي
عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا
ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن
نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها
كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في
تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله
لكم تحلة ايمانكم واما اذا قال لم ارد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء
الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم
تنقض اربعة اشهر وفي الظهار يثبت في الحال وان نوى به الطلاق وقع بائنا وتحرم الوطء
والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيء الكلام
فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية قال ابو بكر
الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت

فيما بين

فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى اعلم و

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده
عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني
ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل
على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة
عبارة عن اخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع
الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول ابي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما
على ما سيأتي بيانه ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي
جانب وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان تفتدي
المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على
الرجل فيما اخذه ولا على المرأة فيما اعطته سماه الله تعالى ما اعطته فداء من قبيل فداء الاسير
انما استنقذه لان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطي في تخليصهن
فداء فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن
عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق وقع والواقع بالكنايات
بائن فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال
اغنى عن النية ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس وعن الخيرات
او عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الخلع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال
الا ليسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على
زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين
وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج
مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل
النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتواكيد هي قوله
اتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا
غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في
غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا
الدواب كراسي والى هذا اشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد
في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع
الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا اولا بدءا اي اولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري
وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس

اما الزيادة فلا وقضيتها ما رُوي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من الحديث فكان قوله اما الزيادة فلا ينفي اباحة اخذ الفضل على ما ذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف وفرق بين العبادتين فان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة ايضا ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك بعض ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نفيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي والجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منه وهو غير ناشز اولى ان لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا اخذ وهو ناشز قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب وكانت جانبية وان طلقها على مال بان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا بهذه معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول واما اهلية المرأة فلانها عاقلة التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال رحمه الله وان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امرأة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة ثابتة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علقها بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير

غارة له ولانه لا وجه لالتزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الى الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة وعندهما قيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث يكون الكتابة فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم تسليم المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى الكتابة لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يمكن البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة لان في الكتابة يتعلق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كانت على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه فيه ما ذكرنا وهو واضح قال رحمه الله وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز ولها ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال وان صحت التسمية فلها المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون دما لا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي الجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة

اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض
وكلمة ما يكون صلة ان تكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس
من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهي للتبعيض كما في قولنا اخذت
من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهي صلة زيد لتصحيح الكلام فانها لو قالت على ما في يدي
دراهم اختل الكلام واذا لم تكن للتبعيض كان للجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم
واعترض بان ما ذكرتم من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي
ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم
واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفي به
ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم
تلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني بانه لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة
فان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل
تسلمه اليه والا فلا شيء لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة
يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون
الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية
لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا
اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما ينافيه من الشرط ساقطا والساقط
لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها
تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما
واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق
التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب
صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم
وباشتراط البراءة عنه تفويت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا
النكاح يعني اذا تزوج امرأة على عبد ابق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى آخره
فاذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني
ثلاثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وقالا وقعت
تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء
في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم
اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط مجازا قال الله
تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامرأته انت طالق
على ان تدخل الدار كان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء
فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط

وفيه

وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك
المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز آخر وليس
احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض
والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه
وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط
والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة
اولى على ما عرف في الاصول قوله على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب
المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة وقوله ولو قال الزوج طلقي
نفسك ثلاثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا
يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف
على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح
تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان
معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي
عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين وقوله والعوض لا يجب بدون
قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده يكون الالف
عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون
الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة
بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته انت
طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك
الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع
الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المرأة او العبد اذا قبل المال
وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة ولا معتبر بقبولها وعندهما يجب على العبد والمرأة
المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا
لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة
قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق
بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو ان تجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال
يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة ان قوله
وعليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في
الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة
الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون
المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على

الى بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز
اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق او لم ترد الخيار
حتى مضت ايام وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين
والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد
ههنا لان التصرف يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما
من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرطا وجزاء ومعنى اليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان
قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم
احتمال الفسخ ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت
من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح
الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها
شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرطا معنى لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه
كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر انه متعلق بالمعاوضة ولم يمنع
كونه معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم
الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في العتاق
مثل جانبها في الطلاق حتى يصح الخيار من العبد اذا خيره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في
في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت
فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال
قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق
بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على تأويل الحلف او المذكور
لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحتها اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا
بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره
القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع قال رحمه الله والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح
الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب
والاصل في هذا الفصل ان المبارأة كالخلع كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على
الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان المختلعة والمبارأة
النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة
فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع
على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما يرجع عليه باربعمائة ولو كانت قبضت الالف
ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها بتمام النصف
واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر

مقبوض

مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر
غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي
حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها
بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن
المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي ح
خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده
وعند ابي حنيفة وابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة لمحمد ان هذه اي كل
واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما
دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت
من حقوق النكاح ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين
وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر وانه اي لفظ البراءة على ما قيل او على تأويل المذكور
مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله
وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب
باسقاط تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح
فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمعناه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح
فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع
العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصلة الا بالنكاح وحقوقه اللازمة
به وقد صار مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح
واحكامه وحقوقه قوله بخلاف النفقة ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب
بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها
فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث
والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل
اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح
المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم
يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية
يقع وفي اخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق
وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز ينصرف الى المال نص عليه في المنتقى
فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة
لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف وقال وجه الاول انه
تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره
وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين

والايمان لاتجرى فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لايتم فان
الاب يؤخذ منه شرط اليمين لانفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل احد فان خالعها على الف على انه اى الاب
ضامن فالخلع واقع والالف عليه على الاب ومعنى الضمان هاهنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن
الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل
الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى
وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا
وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما
جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك
اولى وفيه تامل فان التصرف في مال الصغير انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة
وليس كذلك فكانت تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع
والضرر اذ نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله صحيحا من الاجنبي مع قصور الشفقة
فلان يجوز من الاب مع وفورها اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول
شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل
في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية في سبب
حصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس
الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية
عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق قوله ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه
لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان شرط الالف يعني ان الزوج
ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن
نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبلها
الاب عنها ففيه اى في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص
عن عهدته بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح
لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن
الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل
الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه
آنفا وان ضمن الاب المهر التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم
مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا لان فرض المسئلة فيما اذا كانت
غير مدخولة وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح
في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكانه خالعها على خمسمائة صريحا وفي القياس يلزمه
الالف بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان كانت
مدخولا بها او لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم تكن

قبلها

فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب
الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة
الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول ونصف الآخر الذي ترجع به المرأة
عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع
الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف
السبب عند اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف
ومهرها الف ولم تقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت
بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة
لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف
تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته
وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف
وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد
الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لان الصفة
تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال هكذا افاد
شيخي رحمه الله مرارا والله اعلم

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات
المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقربها الى الاباحة
من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد
معصية محضة بعيدة عن شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي
وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التابيد اتفاقا بنسب او رضاع
او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته انت علي كظهر فلانة وهي
ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه
سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون
المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائه وركنه قوله لامرأته انت علي كظهر امي وما قام
مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل
لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره
لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير
مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها في التحريم
على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا
موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون
غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه

فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني
عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في
ذلك فوثب علي فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراتي فاخذت ثيابا
فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك
وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله
تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه
فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه فليصم شهرين متتابعين فقلت هو
شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال
انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا المراد
من العود هو العزم على الجماع الذي هو استحلال بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها
عقيب الظهار قوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه
ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا
والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي لا تحرم
الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع واجاب
صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف
الحائض والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودها فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا
كذلك الظهار والاحرام وسيأتي في كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع الزاجر
من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار
اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا
يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا حاجة
الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة
الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطي حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي
قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر
واجبا لبينه عليه قال رحمه الله وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي
يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا يكون ظهارا
لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد
ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة
بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لا توقيتا وهذا

المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر
والظهر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله وكذا اذا شبهها بمن لا
يحل له النظر اليها ظاهر وان قال انت علي كظهر اختي او عمتي او امي من الرضاعة كان مظاهرا لان هذه
الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك
او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن
كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك
وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المبسوط قول ابي
حنيفة وحده وعن ابي يوسف روايتان احداهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب
وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله
تعالى حرمت عليكم امهاتكم فكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت حرام علي وقد بينا في هذا اللفظ
انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكر في الكتاب
ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليها الا ان يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه
قول محمد ان التشبيه ببعضها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند
ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة
بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول
وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو
الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند محمد ظهار لان
كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل
الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجههما
ظاهر وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما يعني قوله
ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به
طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو
على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان كان طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد
والامام العتابي في شرحيهما الجامع الصغير لان التحريم يحتمل ونيته المحتمل صحيحة غير ان عند محمد
اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا
بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة
معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة
بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي بان الطلاق لو وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما
بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله
انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال
يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذه رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صحيح في الظهار

لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه
وقوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الائمة ولابي حنيفة ان قوله انت علي كظهر
امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق
والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر
فيحمل التحريم الذي اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة
حتى لو ظاهر من امته لا يكون مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل
في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت
للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار
منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب ان تكون محلا
ابتداء كما لو ظاهر من امرأته وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء
والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرتم ليس باعتبار انها محل
للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا يزول الا بالكفارة وهذا قد صادفها
محللة فيبقى الى ان توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل
بعد ذلك بسبب ملك يمين وقوله ومن تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح
فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن
الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله
والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك
والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة كما توقف اعتاق المشتري من الغاصب على
اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق
النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس
من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا
لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق
الملك لكونه منهيا للملك ومتمما له ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا
وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن
حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهي
حرمة الوطي ودواعيه الى غاية ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار
والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء
وانما كان كذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا
للكفارة لان سببها لا بد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم اليه
العود عما قال لكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل بها حتى لو عاد

بالعزم

بالعزم على الوطي ثم ابانها او ماتت لم يلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل
ان كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار وقبل العود حقيقة لان تقدم
الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب
وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه ثم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت
انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على
الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في
الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا ترى
انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون
المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن
الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يجز واعترض على المصنف بوجهين احدهما انه لم يسمع عن ائمة
اللغة رق حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه
بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز
فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار
المعنى الثاني وقوله والشافعي يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة
حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة
وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى
وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم مقارفة
المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول
مقارفة المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصوره ذلك منه مانعا عن الصرف اليه
كما في الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله
صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم عن المصرف قال رحمه الله
ولا تجزي العمياء اي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما
يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة
وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز
عما اذا اعتق نصف رقبة فجامع ثم اعتق النصف الاخر لم يجز وان اعتق النصف الاخر قبل الجماع
جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق
عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما
يبتغى من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل
احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان
الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله لان
قوة البطش بهما يعني ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها

وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقته ولا يجزيه عتق المدبر وام الولد
لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة
لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا فانه اذا ثبت فيه شئ من القوة الحكمية زال في حقهما بلا شئ
من الضعف الحكمي وقوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة
عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة
الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة
ولم يزل رقه بها لان الشئ لا ينعدم الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق فانه اي عقد الكتابة او ذكره
باعتبار الخبر فك الحجر الحاصل بالملك عن المكاتب في المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا
ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد
المولى بالنسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من
جانبه اي جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن
الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا اعتق عن الكفارة تنفسخ قبل الاعتاق مقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد
الكتابة يحتمل النسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد
والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي
للمكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج
الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضى المكاتب
ولم يوجد منه صريحا فقلنا دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق
بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصد به
وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين او لان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق
الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه واضح وقوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا يعني
انه لا يجزيه عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يجوز عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه
يصير حرا مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب
الاعتاق فلم يكن المعتق مجانا فلم يقع عن الكفارة ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه
لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما نقص منه فكان في المعنى اعتاق عبد الا شيئا ومثله يمنع
الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار
نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة
على ما نذكره فيما يليه اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له
لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما ولا يثبت الملك في حقها مستندا
ويلزم النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه جاز لانه اعتق بكلامين ولا نقصان
فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق

بجهة

بجهة الكفارة فانه اعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع
شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان الحاصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك
النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن
ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف
فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فان ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرف
الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان قوله وهذا اي
جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة في تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى
فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسألة التي تليها وهي
ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بجهة فان قيل الاعتاق وجد بعد هذا
وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه
اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع
قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم **قال** رحمه الله فان لم يجد
المظاهر ما يعتق اي اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة
جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما
فعليه ان يستقبل وكذا ان ادخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق
لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف وانما قيد بالتي ظاهر منها
لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا انقطع التتابع فيلزمه
الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا او بالليل كيف ما كان لم ينقطع
التتابع فلا يلزم الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا
لانه اذا جامعها فيه عامدا يستانف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا
لان العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم لابي يوسف
ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا ينقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط
وكون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله
وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تأخير
الكل عنه وتأخير البعض اهون من تأخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس
وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان
النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني
من ضرورة الاول لان تقديمه في المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط الثاني وهو الخلو
عنه ينعدم بهذا المسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس
فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس ما هذا شبه كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال

قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تعقيبا لا بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس
اخلوه عنه بالضرورة ويتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع
التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه
الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا
المأخوذ والجواب عن قوله انه لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الافساد في النسيان
ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل وان
افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه
عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل او الافطار بعذر الحيض فانها
لا تستانف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر
شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب
عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان
بعد الغروب كان صومه عن كفارته قوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك اي من غير
الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت
اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الاخر ومثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر
جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة
يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام
لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار للمعنى النص
في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة
بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها اية الظهار
وقد تقدم واما سهيل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا
في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق لما اورده
الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر
يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة
ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار
ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر منها القدر
دون العدد ولكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله لحصول
المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر
والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالاخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين
في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام لم يجز لان
المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام لان مراد الاباحة في احدهما يجوز دون الاخرى
واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما

عن الكفارة

عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق واجيب بانا انما لم يجوز لان نصف
الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة يمنع التكفير بها وقوله وان لم يغديهم اي يطعمهم
من ظاهره ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان التغدية وحدها او
التعشية وحدها لا تجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان
اما الغداء والعشاء واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك
بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجزيه وقوله
قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعانا اختلف المشايخ
فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد اطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز
لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم
وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر وهذا لان عدم
جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام
وهو حقيقة في التمكين عن الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك
فيتادى الجواب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلرعاية عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص
عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه
اما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى واتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله
عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم ظاهر وقوله
وهذا اشارة الى ان المحول لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق
الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال
بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعدما استوفى وظيفة
اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك
الكفارة كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد
قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما
في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم تنتهي حاجته الى الطعام
ولا تتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله اطعام
ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة
قوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني تقديم القدرة
على الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة قال
رحمه الله واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحدة منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما اتفاقا
له ان بالمؤدى وفاء بهما اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر فهو الصاع وفاء بهما
لا محالة والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية

معينة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب بعينه اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والغرض عدمها فلغت النية واذا لغت النية والمؤدى يصلح لكفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فتقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا احل وطء الذي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فانه صالح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة نقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا قوله ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين ولم ينو عن احدهما بعينه جاز عنهما وكذا لو صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز اعتقه عنهما وان اعتق عنهما رقبة او صام شهرين جاز عن واحدة منهما وله ان يجعل ذلك عن ايهما شاء قوله وكذا ان كفارتين مختلفتين ... قوله احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جوابه الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وجه الاول مر بيده وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس والنية في الجنس الواحد غير مفيدة فبقي نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروجه الامر من يده ولنا ان النية التعيين في الجنس المتحد لغو قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يعين في ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لان نية التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا تكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التعيين فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهار عليه فان الجنس

متحد

متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى آخره والله اعلم

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بينهما معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغنا من اللعان قال رحمه الله واذا قذف الرجل امرأته بالزنا اي اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها يجري اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادتهما جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقد قذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم قوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولما روي عن ابن مسعود قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء ائت باربعة من الشهود يشهدون على صدق مقالتك والا تحد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان تكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس والشهداء لا بالشهادة ولا شهادة فيما مضى فيه الكلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لكان

كاذبا تاكيدا وهو قايم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن
في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن
عن اعينهن فتساهلن في الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن
قلوبهن فعرفة الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة
مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والاستشهاد بالله
كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان
اللعان قايما في حقه مقام حد القذف لجرى مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف
نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات
لا يقام عليه حد القذف الا مرة واحدة اجيب بان اللعان قايم في حقه مقام حد القذف
بقذف امراته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات
على ان ذلك لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك
يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن في كلمات
اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان
ببعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لانه موجب
قذفهن بالحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان
عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان قال
رحمه الله فاذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان
نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون المراة ممن يحد
قاذفها لانه قايم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها
صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمراة فكذلك هذا
ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطي بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد
ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي لا يصير بنفي الولد قاذفا
ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطي بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي
من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق وقال شيخ الاسلام والقياس ما قاله
الا انا تركنا لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها عزلا
بينا ولكن لا يعلم انه من زنا او وطي بشبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة
معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا
عنها فلا بد من طلبها كساير الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب
نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه
ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان
اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد قذف

الزوج امراته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في انها لم تزن
ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها تغيير على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع
بالاكذاب بل يتقرر الا يرى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين
بالتكاذب ومن الناس من قال المراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو
قادر على ايفائه احترازا عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على
ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله وقوله الا انه يبتدي بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان
شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كانه استشعر ان يقال المتلو
من النص لا يدل على المبدو به فقال الا انه يبتدي به وقوله فان امتنعت ظاهر وان كان
الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه
الاسلام او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه
ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج
عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله وان كان هو من اهل الشهادة ظاهر
وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل وهذا الحديث لم يوجد
له اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرح لمختصر الطحاوي باسناده عن
عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي
لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان
لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة
في القذف درءا للحد اجيب بان المانع عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة
عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا
للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية
من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل
المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف
عبد امراته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه
ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف موجبه
واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد وليس
كذلك المحدود في قذف قال رحمه الله وصفة اللعان ان يبتدي القاضي صفة اللعان
على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما حتى لو انه
لو مات احدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر الفرقة تقع بتلاعنهما

لانه ثبتت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى
الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى
فامساك بمعروف او تسريح باحسان وجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة تفوت الامساك بالمعروف
فيلزم التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا
تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان اولى فتامل وقوله قول ذلك الاعرابي
يعني عويمرا العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها
هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه السلام ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل
قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روي
انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها
والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة
ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه
عندهما مسئلة مبتدأة وقال ابو يوسف هو اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم
المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار
بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا
لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان
او مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب
نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان
القذف بولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك ان يأمر الحاكم الرجل
فيقول اشهد بالله ... وهو ظاهر وقوله لان المقصود من هذا اللعان نفي الولد حيث كان
القذف به فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج
ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه
واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن
التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان
ولا ينتفي النسب عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواية عن ابي يوسف فان عاد الزوج واكذب
نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة
بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان
فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود
ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد
ما لاعنها لان وجوب اللعان هنالك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها الى الزنا وانتفى
معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد
كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها

بائنة

بائنة بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت
طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد
قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله
وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هنالك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري
وقوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به قوله لانه
لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من جانبها
فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمراة والرجل اذا زنيا بعد
احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك انى يبقى محلا للتزوج
اجيب بان معنى قوله فحدت جلدت وتصوير المسئلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول
ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست محصنة لان من شروط احصان
الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال رحمه الله واذا قذف امراته
وهي صغيرة اذا قذف الرجل امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها
لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانها لان من شرطها البلوغ والعقل فلهذا لا يلاعن الزوج
لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير
مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح
فكذا اللعان وفيه خلاف الشافعي هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى
عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس
حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشرط
انما كان كذلك لان القذف مما لا يختلف به لافضائه الى ايقاعه الزنا عند وجود الشرط في زمن الحالف
وفي ذلك احتمال الاثبات بما يندرئ بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر
وقوله وقد قذفها حاملا روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به اصيهب اريصح حمش الساقين
فهو لهلال وفي رواية احيمر حمش قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على
النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد
حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد
او قبل حصول الولادة فان قيل بل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وللمجيب
بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات
والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرران في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا
تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها فلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال
محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا فكان كذا
ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي وقوله واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحال التي تقبل
التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو

ظاهر وقوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا ولابي حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتامل لئلا يقع في نفي الولد مجان واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه من عدم النفي وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لحصول الولد عادة او مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لان في هذه يستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقادير بالراى لا يجوز وذكر الشامل انه روى عن ابي حنيفة انه مقدر بثلاثة ايام وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غايبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند ابي حنيفة في مقدار ما تقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصار حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالعفة سابق على القذف جواب سوال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها زانية وفي ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا فكذلك هذا والله اعلم

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عُنّ اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عَنّ اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان تقوم الته اولم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

قال رحمه الله واذا كان الزوج عنينا واذا كان الزوج عنينا اجله القاضي سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المراة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه والشافعي واصحابه ومالك واصحابه واحمد واصحابه ولان حقها ثابت في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لغرض رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبايع فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان تقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما تكون موافقة العلاج في الايام التي تقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره

ولابد

ولابد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطي واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المراة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا لما بينا يعني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان متعنتا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصابها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن لتكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر وقوله فان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب يحلف الزوج حاصله ان الاراة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للاجل ومرة بعد الاجل للتخيير فان نكل خيرت لتاييدها بالنكول لما يدعوى المراة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كان ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امراته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء وان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر والله اعلم

قال رحمه الله وفي التاجيل تعتبر السنة في التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم وتحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة ايام التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التاجيل وذلك لان الصحابة قدروا مدة التاجيل بسنة ولم

ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اى عن المرض فلم يكن فى معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ وروى عن ابى يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه فى الليل ممنوع فى النهار والنهار دون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين فى شئ من السنة ولو فى يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد فى مدة بقدر مدة المرض وان كان بالزوجة عيب اى عيب كان فلا خيار للزوج فى فسخ النكاح وقال الشافعى ترد بالعيوب الخمسة وهى الجذام والبرص والجنون والرتق بفتحتين والتاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع اى لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال فى المغرب هو ما هو غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع من سلوك الذكر فى الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لان هذه العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففى الرتق والقرن واما طبعا ففى الجذام والبرص والجنون لان الطباع تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شئ من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب وفيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما وهذا اى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات لا يؤثر فى العقد الا ترى انه لو لم يستوف لعجز او ذكر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ واما المسيح هو العكس وهو حاصل اما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر واما فى الباقيين فبالشق والفتق وقوله عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روى انه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى انه صلى الله عليه وسلم قال لها الحقى باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روى عن عمر انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومن ههنا روى عن على وابن مسعود وان كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدمه لما بالنكاح وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل قد جعل المصنف الوطء فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفى مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشاء من تفسير المشروع له بالنكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله تعالى اعلم بالصواب

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها بذكر وجوه التفريق فى باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة فى اللغة ايام اقراء المرأة وفى الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول والخلوة او الموت وهو اى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة بها كحرمة التزوج بغيره وحرمة الخروج والاجل ينقضى وعند الشافعى هو كف المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف فى موضعه قال رحمه الله واذا طلق الرجل امرأته اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغنى عنه اذ الرجعة لا تكون الا فى المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة فى النكاح الفاسد وهى حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو فى عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهى فى معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارية على النكاح وهذا اى التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اى فى الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يثبتا ولهما جملة للاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين او حقيقة ومجازا على ما عرف فى الاصول ولا يبعد فى ان يكون تعرض المصنف لكونه من الاضداد اشارة الى نفى قول من يقول انه مجاز فى احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف فى الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعنى القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع فى طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظة الثلاثة فى قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف فى الاصول وقد قررناه فى الانوار والتعرض بخلاف ما لو اريد بالقرء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثانى ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل والطهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حائل وهو اى التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر فى التنصيف لا فى النقل من الطهر الى الحيض فيلحق بيانا به اى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر وكذا التى بلغت بالسن اى خمسة عشر سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن عطف اللاتى لم يحضن على اللائى يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفى هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل فى العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث

حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان
كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى
والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان
المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال فقال صلى
الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها تعدت في شر احلاسها في بيتها
حولا ثم خرجت فرمت كلبا ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان
طولى وهي الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية
رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف في غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا
فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو
مذهب عمر وابن مسعود وكان علي يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل واما باربعة اشهر
وعشر لانه كان ذا بعد لان قول الله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية يقتضي الاعتداد بوضع
الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا
وقلنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا ايها
النبي اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى واولات
الاحمال متاخر عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر لو وضعت
وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج **قال** رحمه الله واذا ورثت المطلقة
في المرض فعدتها ابعد الاجلين عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلاثا ابعد الاجلين
ان تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض
كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام اربعة اشهر لم تنقض
عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ثلاث حيض واما اذا كان رجعيا
فعليها عدة الوفاة بالاجماع لا ابو يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام
في الطلاق البائن وهو قاطع النكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث
حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل
لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على
توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما
انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه
انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت
او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت
والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت

كما في حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع
بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف فقال لا يرد ان المرتد اذا
مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح
كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا
على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع
وعذرهما عن ذلك ما ذكره في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها
عنده مسلمة لا ترث من الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك
السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت
لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة
في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي
ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب
بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت
ولهذا تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول
العدة بالعتق وقوله وان كانت ايسة ظاهر وقوله اذا رات على العادة يعني ان رات دما
سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رات دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها
وان رات بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض
وقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل
الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها
وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرات الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين
البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك
اذا عجز عن الركوع والسجود يومي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية
اما ان تعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل
عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض
الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان اصل
الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال الاصل بالبدل جمع بينهما
والله اعلم **قال** رحمه الله والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود
باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند ابي حنيفة والموطوءة بشبهة وهي التي زفت
الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها انما وجبت عدتها للتعرف عن براءة
الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة
في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة واحدة او شهر كما في الاستبراء
وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد

الفاسد ابدًا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان
الفائدة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهائه فيه ولذلك يلتجأ اجر المثل دون
المسمى كذلك وههنا ايضا لم تثبت عدة الوفاة لوهائه فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار
التاسف لفوت نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح
ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا مات مولى
ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة وهو مروي عن ابن
عمر قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة
ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة
والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا
مناسبة بينهما واماما منا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض وهو المروي
عن علي وابن مسعود وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات
الصغير عن امرأته ظاهر وقوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت لستة اشهر
فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان تاتي لاكثر من سنتين قال في النهاية
والاول اصح وتفسير قيام الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في
الفوائد الظهيرية ولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل
بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل
معقول لهما وتوضيحه وعدة الوفاة حقيقة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة
او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء
حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين الاولى بقوله لشرع
اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع
بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة
في اولات الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان
المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا تكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا تكون
له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا
يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها
شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول كان اتم فائدة وكون
نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار يلحق باعتبار العدم كما عرف وقوله
بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ
رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح باية التربص فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما
نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا
اي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمناها

العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل
اجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت
منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان
النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما
وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل
مضافا الى اقرب الاوقات فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في
الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعد
الموت لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء
لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء
في موضع التصور وقوله واذا طلق الرجل امرأته ظاهر قال رحمه الله واذا وطئت المعتدة
بشبهة اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان يكونا من رجلين او من رجل واحد فان كان
الثاني كما اذا طلقها ثلاثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلاثا وقال
انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان
وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء او
من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان
عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت الاولى ولم تكمل
الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك اذا الوطئ الثاني اذا كان بعدما رأت المرأة
حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلاث حيض ايضا والحيضتان تنوبان عن اربع حيض
للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن رأت شيئا فليس عليها
الا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود من العدة
العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم
واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما
لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد
حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان قوله ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان
المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج
والخروج وقال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية وقال ولا يخرجن الاية وموجب النهي
التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام وللحرم وكالخمر
ليمين حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام للصوم ولكونه خمرا ولليمين بخلاف الصوم فان
ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساكات في يوم واحد ولتوضيح
المصنف تبعية العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن
الخروج والعبادة لا تتحقق اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ

الرحم لم تجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا اعتبار الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزوم وثانيا سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والآجال التداخل فى اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفى ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية التى تحتمل الوطئ والآيسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة يكتفى بايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم فى نفسه كماء الثانى وعن الثانى بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض فحصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال فى المبسوط لو تزوجت فى عدة الوفاة فدخل بها الثانى ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب ما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا قال رحمه الله وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوبها الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا بلخ وبخارا وسمرقند يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ او يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال فى الذخيرة اختيار مشايخ بلخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة له جزاء على كتمانه الطلاق يعنى حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها وزجرا له عن الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطئ على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطئها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم تجب عليها العدة ولنا ان كل وطئ وجد فى العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التى توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل لعقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحريره هذه الثلثة

العدة لا تثبت الا بآخر وطئة وآخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما ان آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فلما قال من جواز وجود غيره وقوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان حقيقة الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ واذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطئة فرضت فلا بد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكن فتعين آخر الوطئات فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطئ امر خفى لان الحاجة الى معرفة العدة انما هى للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم فى حق غيره اى غير الواطئ وهو الذى يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع سواها ولا خفاء فى مفهوم كلام المصنف فى التلثين ولم اجد فى الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما جاء فى خاطرى ابو عذره وجهد المقل دموعه وقوله واذا قالت المعتدة انقضت عدتى ظاهر وقوله فتحلف كالمودع يعنى اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين قال رحمه الله واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال فى النهاية هذه من المسائل المعروفة التى ذكرها فى التتمة والذخيرة وغيرهما وهى كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول فى النكاح الاول هل يكون دخولا فى النكاح الثانى ام لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة فى الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استينا فى العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج الثانى لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثانى كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اى منكوحته التى ولدت منه ثم اعتقها فانها يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح وتجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا انه لا يجتنبان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة فى حقه لملكه وهو ملك اليمين فاذا زال الملك ظهر حكم العدة فى حقه ايضا فوجبت حيضتان حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب عن العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقى اثره اى والحال انه بقى اثره اى اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة بالدخول فى النكاح الاول ناب ذلك القبض الذى كان بالدخول منابا القبض اى الدخول المستحق فى هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول فى النكاح الثانى فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثانى كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك

فان الواقع باين اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه
للشيء لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب
كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع باينا وشبهه بالغاصب يشترى
المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله
قبله لان ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا
اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى آخره واذا طلق
الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا
يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والمراغم ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج
احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربيته فقد زالت
الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيده المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن
حالاتها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة واما الذمية فالاختلاف
فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم
ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد
بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت
بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها
في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفى الجناح
المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله ولان العدة حيث وجبت
دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم
ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله الا ان تكون
حاملا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له الا ان يكون
امراته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب امنع من اتصال الآخر الا يرى ان ام
الولد اذا كانت حاملا من مولاها لا يزوجها مولاها واذا كانت حايلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت
النسب كان الفراش قايما ونكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقايل
ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحايل فتقييده بالحايل
زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن
بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة
بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا
يطاها كالحبلى من الزنا والاول وهو انه لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب
الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية
الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما
لا يجب يقال بت طلاق المراة وابتها والمبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها والمراة المبتوتة

من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة
باينة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهو ترك زينتها و
خضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد المنع يقال احدت احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت
تحد حدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر
ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به
اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والمستثنى
من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله صلى الله
عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في
الاستثناء اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المراة على ميت فوق ثلاثة
ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا وكان هذا حينئذ اخبارا بالحداد للمتوفى
عنها زوجها وكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب ما وجد في الشرح
فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما
فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب بان المراد بما في الكتاب
فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود واما
وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على
فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام
سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى حماد عن ابرهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن
ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابرهيم ادرك عصر الصحابة
وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا
لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد
على المتوفى عنها زوجها بالاطلاق ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب
لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة
لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل
ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف
تتاسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التاسف
بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد كما
ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في
الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهن ادخل منهم في نعم النكاح لما فيه من صيانتهن
لانفاقهم على وضع ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعايف عن التكسب عواجز عن التقلب

ولا لذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد تعريف للحداد وكان موضعه اول الكلام والى
بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجه اشارة الى ان المتنجر هو التداوي
لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار
التاسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة
الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة
اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة
في الاكتحال روي عن ام سلمة انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان ذوجه
ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا وقوله
والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الى
قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب قال رحمه الله ولا حداد على كافرة هذا بيان من لا
يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة
الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير
مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله
واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثنائها بالاستطراد وهو ظاهر
واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف
والاصل هو الاباحة في الزينة لا سيما في النساء قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل
قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التاسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول
في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما
فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران
وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وفي قوله والاباحة الاصلية
اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية
الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
اجله ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان
قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى
هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء آخر وقد فسره
ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم
تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف
تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يستر
الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن اي
لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن
جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه في

المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او يغار فيه على نفسها او مالها او
اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكراء او كان زوجها غائبا او لا تقدر على الاجرة والمتوفى
عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة
فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة
مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قاله ابراهيم النخعي وبه اخذ
ابو حنيفة فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي صلى الله
عليه وسلم الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنى ويخرجن لاقامة الحد
عليهن قاله ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس هي نشوزها وان تكون بذية
اللسان تبذو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها فواضح وقوله وقال صلى الله
عليه وسلم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري
لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت ان تعتد في بني خدرة
لا في بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال لها اعيدي المسألة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني
لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد
في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم
لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله والا ان يخرجه هو وان يتركها لان مكثها في
منزل الزوج واجب ومكثها فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم المنزل
فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع
الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها
في امر السكنى وقوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها هذه
المسألة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام او ثلاثة
ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة
ايام او دونها اما اذا كان ثلاثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع
لا يكون واما اذا كان اقل فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة
ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان
كان الثاني لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مقصدها ايضا ثلاثة ايام او اقل فان كان ثلاثة
ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن
لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسألة في الخروج الى مكة وغالب
طرقها مفازة ومعطشة فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي
في هذه المسألة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها
ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل

فى منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشية سفرا
ولا ساكنة فى العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشية سفرا فلهذا مضت الى مقصدها
ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا الشق اعتمادا على انه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان
الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها
او مات عنها فى مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعنى ان لها الخيار
فى ذلك الا اذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند
ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان
نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد
ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عنه اشارة الى نكتة اخرى
هى ان التربص على المعتدة فى منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل
وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضى و
انتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة امنع من
الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح والله تعالى اعلم بالصواب باب

ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد
اولات الاحمال وهو ثبوت النسب فى هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها
فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اى من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون
بمعنى الوقت يعنى من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما
جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق
مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اى قبل الطلاق
فى حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق
وبدون ذلك لا يثبت النسب الا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبى لا يثبت لذلك اجاب
بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها فخالطها والناس يسمعون كلامه فيكون
الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش
حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا فى
غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط فى اثباته يعنى وان كان نادرا
لكن النسب يحتاط فى اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير
زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لانه علوق كان سابقا على النكاح
قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة
لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علوق من زوج
آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد
لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد فى البطن وقت الطلاق فيعلم

اما ان يكون

اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق
قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز
والطلاق الواقع من حيث الظاهر فاحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه
واما المهر فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح وفى رواية عن ابى يوسف وهو القياس يلزمه مهر
ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد
المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغى ان يصير
مراجعا لان الوطء ههنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهى حالة العدة فيثبت به الرجعة
واجيب بان فى ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل
فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير
مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وهو
لان العلوق بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى فى بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم
الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها
تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الغرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الغرض انه
لم يطأها فى العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكليف واجيب بانه نعم كذلك
الا ان الحكم بابقاء نكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به كما
فى النهاية والى هذا اشار فخر الاسلام فى مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال
والصواب فى الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم
لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا
اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقى الولد ضايعا فكان نكاحا لانتفاء التضييع منها
بالزنا او بما فى معناه قال رحمه الله والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه
اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت
الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين
من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل
فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعنى انه ان ادعاه ثبت
النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله
لانه التزمه اى التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعى بان وطئها بشبهة فى العدة والنسب يحتاط
فى اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى
يأتى به لاقل من تسعة اشهر عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة
يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام
فى المراهقة المدخول بها وهى تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون
انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة اشهر واذا كان كذلك

كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر
بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصار كانها لم تقر بانقضائها
فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر لانا عرفناها صغيرة
بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وان اقرت بذلك ولم
تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو
اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي
واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة
اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا
يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع كما قال وما نحن فيه لم يكن
كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهتان ضرب وان كانت الصغيرة
مطلقة طلاقا رجعيا فكذا الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد يعني ان ولدت لاقل من تسعة
اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل
واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعترفت ببلوغها فيحكم
باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة
وعشرين شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب الولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا
نقول لانقضاء عدتها جهتان حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضينا الحكم على الاصل
ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل
في الكبيرة الاحبال فلم يتعين في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال
فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال
لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يتعقل الا بالاحبال وقوله وفيما في
البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك وقوله واذا اعترفت المعتدة بانقضاء
عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ اشارة الى ان قوله فاذا اعترفت المعتدة مطلقا
حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن
بالاشهر او بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان ان الآيسة لو اقرت بانقضاء عدتها وجاءت
بولد لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الآن بان يأول كل معتدة غير الآيسة
وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا اقرت
بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة اشهر لو مطلقا في مدة يصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال رحمه الله واذا ولدت المعتدة
ولدا اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكر الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة

الا ان يشهد

ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل
الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش
وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت نسب كل ولد تلده قائم مقام بقيام العدة وهو اي قيام
الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة
واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة القول بالموجب يعني
سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع
الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة
بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا لان النسب اذ
ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل
لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت
بيتا بين يدي الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد يكون لهم اداء الشهادة واذا ولدت
المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم يصلحون للحكم
بشهادتهم كرجلين او رجل وامرأتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص
حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت او لا قالوا اذا كانوا
من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل
لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لاقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط
كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله واذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله
واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة
القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت
بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف
بالزنا لها معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يثبت الولد الثابت
بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال
الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها
تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق
والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل
في الحوادث ان تضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي
اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب
مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على ان ظاهر حالها يشهد بخلاف
حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج
بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل وجب ان تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار
كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير

شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني فانه وان اقر بالحمل
الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع بطل
وقوله ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله
واذا قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق ظاهر وقوله فيما ينبني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق
حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم
من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن
الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا
بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتها ضرورية
في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل ان
يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت
بشهادتها والشيء اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا
اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق
يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها
ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى وله ان الاقرار
بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول
المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده
اذا كان وجود الشرط بدليل يصلح ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك
بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فيخرج الجواب عن الاعتراض هنا قال رحمه الله
واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين
ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل لحال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة
الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال وفي رواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب
ولو بفلكة مغزل اي ولو بدوران فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة
قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره
لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في
عامين فبقي للحمل ستة اشهر وهذا تاويل خرج ابن عباس ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا
تزوج امرأة فولدت ولدا لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب
الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال
عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان الحد عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب
النهاية وهذا التقرير الذي ذكر هنا في تاويل الاية يخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه
جعل هناك ثلاثون شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم اظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعل مدتهما
جميعا ثم اصاب منهما للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر وحسب

بان

بان استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون
الاية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتامل وقال الشافعي
يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة
بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي
ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما روينا عن عائشة والظاهر انها قالته سماعا
اذ العقل لا يهتدي الى بيان المقدار مدة ما في الرحم وقوله ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول
ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول
يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدته لاقل
من ستة اشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه
الثاني يعني ما اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى
اقرب الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف هذا اذا كان الطلاق
بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت
حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة
بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يفضي بالعلوق الى اقرب الاوقات بل الى ابعدها حملا
لامور المسلمين على الصلاح وابعد الاوقات ما هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل
من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف
الولد الى اقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت النسب بغير دعوة فان قيل
وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا تنكشف تمسكا
بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء
بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت
امرأة على الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله
مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها
حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا لهذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام
الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوة وقوله ومن قال لغلام هو ابني واضح واعترض
بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في المسئلة ايضا لان هذا النكاح يثبت مقتضى فيثبت
بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما
هو الاصل ليس بمتبوع الحكم هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب فلما
ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما
هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح

بالانتفاء لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة والمقتضي هنا هو النسب
يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد والتام الولد
فلم يقتض ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشا من عدم فهم وجه
الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان تكون ام ولد
وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطي بشبهة
وهو ظاهر والله تعالى اعلم **باب الولد من احق به** مناسبة هذا
الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام
احق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه
ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه
لزيادة اتصاله بها من حيث يتصل منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان في
التفويض اليها زيادة مرحمة نحو منظرتها والى هذا اشار ابو بكر الصديق وهو ان عمر خاصم ام عاصم
بين يدي ابي بكر لينتزع العاصم منها فقال له ابو بكر ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر
قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر احد والنفقة على الاب على ما يجيء قوله ولا تجبر الام
عليه اي على اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب لما ذكرنا الان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام
فتجبر على حضانته كيلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه فان لم تكن له ام بان ماتت
او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد
من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب و يستوي
في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على
ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة ولهذا اي ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات
السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات
والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذا رواية كتاب النكاح اعتبارا لقرب
القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت
لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة
وقد قيل في تفسير قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب وام
ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في
النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا يرى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة
على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط
والجامع الصغير لقاضيخان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها اصلا
بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام قال رحمه الله

وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها
فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة
للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي قليلا وينظر اليه شزرا
اي نظر المبغض فلا نظر لها اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له
وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى
القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال
فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم باقربهم تعصيبا لان الولاية
للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام
فاصلحهم دينا وورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا
احق به لانه اسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل يدفع الى الخال
تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ
لام عند ابي حنيفة ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء
والتدبير للقاضي يدفعه الى ثقة تحضنه وقوله والام والجدة احق بالغلام واضح وذلك رواية
الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكراه المعنى واحد وهو ظاهر وقوله
اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية
فحينئذ يستنجي وحده وقوله يحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب
ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزوج وولاية
التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوعها في الفتنة والاب فيه اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما
ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد انها اذا
بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احد عشر سنة
في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت
ست سنين او سبع سنين او ثمان سنين ان كانت عبلة وقوله ومن سوى الام والجدة يعني اذا
كانت الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حدا تشتهى
على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها وتلبس وحدها لانها
وان كانت تحتاج الى تعلم اداب النساء ولكن في نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدة
ولاية الاستخدام ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة
لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد
لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق في الولد حق لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة
المولى والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم تعقل الاديان او يخاف بالرفع على
الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل اي يخاف ان تالف الكفر لان النظر قبل ذلك انظر للصبي وبعده

يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية يعني بين الابوين وقال
الشافعي لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز وتسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيادة
وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما
بين الابوين روى رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت
ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية
فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم
اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة
وكلامه واضح ولكن قوله او يحمل على ما اذا كان بالغا فيه نظر لان المذكور في القضية الصبية وقالت
ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب ان المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا
غيره ليتناول ما رويناه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما
يدل على الصغر فاول المصنف الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام الى آخره والثاني بقوله او يحمل على
ما اذا كان بالغا **فصل** لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يتعلق بين الاخراج الى
القرى وغيره في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء العدة ان تخرج من المصر فذلك على
اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع العقد
واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي
الاقسام العقلية فان اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا
كما ذكر في الكتاب وقوله لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى وقوله وهذا يصير الحربي اي الشخص
الحربي ذكرا كان او انثى به اي بالتزوج في بلدة ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر
في السير وذكر ايضا في سائر الكتب انه اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها
فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى ان يقال انه بالتزوج في
بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي
ذميا فعاد المحذور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث
ولا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان لا حاجة الى تغيير اللفظ
لجواز ان يكون الحربي صفة لشخص كما قررنا في اول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتاويل الشخص
وبهذا يخرج عن كونه غلطا المذكور مكلبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا
وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المرأة
ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على
التزام المقام لكن وهي الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجبة للذل والصغار مانع ورد بان هذا
القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخي شيخ العلامة
عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان ثبت في
الحربي يتزوج في بلد المسلمين انه يصير به ذميا رواية صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا

وقوله

قوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب
وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها
ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها
ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية وقوله والحاصل
ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف آخر
هو شرط فيه ايضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه
نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني يتيسر لها الانتقال اليها
والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا ووقعت الفرقة
فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا
والباقي ظاهر والله تعالى اعلم

باب النفقة

لما فرغ من بيان
حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد
بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن
الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية
ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجة اصل النسب
فيقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءا
منه وكذا على الوالدين **قال** رحمه الله النفقة واجبة للزوجة النفقة
واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية
هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة
العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطلب
انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة
والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها
والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته امر بالانفاق
والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال
الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه
وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله
واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم ان لا يوطئن فرشكم احدا ولا يأذن في بيوتكم
لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن
وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود
لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه
محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن
واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا دينه عند الهلاك فلهذا

لم تجب النفقة على المرتجعين وهذه الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا تفصل فيها فتستوي
المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف وهذا اي اعتبار حالهما
في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام
قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج موسرا والزوجة معسرة او بالعكس
من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة
الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى واللحم المشوي والباجات والمراة
كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل
في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المصنف القسم
الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في الكتاب بعوضها نفقة صالحة يعني وسطا
فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم
الثالث من توسيط الحال وقال و في ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت
بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول
الشافعي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر
عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا يعتبر الى
غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان
روى البخاري باسناده الى عائشة ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل
شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك
وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو اعتبار
حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المختار الذي هو
بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالاية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الاية تدل على اعتبار
حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك
فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الاية لكونه من الاحاد فالجواب ان الحديث
تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين
الايتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالها هو الفقه
فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني
على كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن
نقول بموجب النص بانه يخاطب ان ينفق بقدر وسعه كيلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع
لكن ان لم يرد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما ورد به
العجز وقوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن
بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن اعتبار الرجل
وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا

انه اذا كان مفسرا بالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المراة وهو الواجب وقوله
وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير
كما ذهب اليه الشافعي فان على الموسر مدين وعلى المعسر مدا وعلى المتوسط مدا ونصف لان
ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما يختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب
والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال رحمه الله
وان امتنعت من تسليم نفسها ان امتنعت المراة من تسليم نفسها قبل الدخول او بعده على
قول ابي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل او لا فان الاول فلها
النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا تسقط الاخر
وان كان الثاني وهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها
وهذه كذلك وانما قيد الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان
الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا يبطل النفقة فان كان المنزل ملكا
لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهي بمنزلة الخارجة من بيته واذا كانت
ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس
فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها
فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن وذلك يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله بخلاف ما اذا
امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها
اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي
تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة
هو ما يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان
الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء
والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت وفيهن النفقة واجيب بان الدواعي
غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت
الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي لها النفقة
لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغيرة
والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد
بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا كيلا
يجتمع عوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وقوله وان كان الزوج صغيرا بيان
ذكر العجز عن جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز عن الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان
الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت النفقة كما في الكبيرة فلو اعتبر جانب الصغيرة لا تجب
كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها و

والكن ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها
لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله واذا حبست ظاهر وقوله والفتوى
على الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله لان فوت الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى
من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك
الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج
لا تجب النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه
واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت في منزل الزوج على
ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ
الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت
نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت قال رحمه الله ويفرض على الزوج نفقة لخادمها لما كان قوله ويفرض
على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وقت
وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك
لها حتى لو كانت حرة او لم تكن مملوكة لها لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة
الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم
لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها
تستحق وقوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر وقوله وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر
يلزم نفقة الخادم واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله
وهو ادنى الكفاية يعني ينقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز والاعلى الادام
اللحم والاوسط الزيت والادنى الملح او اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد يعني ما قال محمد ان الزوج اذا
كان معسرا وكان لها خادم تجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المراة لم تكتف بخدمة نفسها
فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة
امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال
الزوج وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فان ابى ناب القاضي
منابه كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك
دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه يبطل بالتفريق اذ لا يصل اليها
الا بسبب جديد وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفي في الزمان الثاني
والاول اقوى فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على
الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون
عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المراة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود
بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها بالعجز عن التابع فان قيل

لا فايدة

لا فايدة بالاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان
فايدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج يعني من غير رضا الزوج
فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي فكانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن
النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غايبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت
الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند يجوز تفريقه لانه قضاء في فصل مجتهد
فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغايب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح
قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه
فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل
مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة
الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال ينبغي
ان لا يتمم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب
لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقديرها ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل
وجوبه واذا لم يكن لازما لم يتحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان
هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لانه ما يكون لازما فله وامر حكم الابتداء على ان
ذلك لا يكون فلا بد من التغيير ولذلك حكم عكس هذه المسألة قوله واذا مضت مدة ظاهر وقوله
على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل
ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام
عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك
لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه
وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح فهو بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه
اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما
قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك
اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما
قيد بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تسقط بموت احدهما لان القاضي لما
امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم يبطل
بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها
قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد
جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى
من الصلة ان يحيا المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت
قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت

قبل القبض وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله لنا
ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن
البضع قال رحمه الله وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة
ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قايما وقيمته ان كان مستهلكا
وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه صلة فصار
في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا
عجل لها نفقة الشهر وقوله واذا تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الايمة السرخسي فان
بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى
الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث وكذلك
ساير الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء
وكذا اذا قتل وقوله في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ ابو الحسين
القدوري الصحيح انها تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما
تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب
اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر
وقوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى حق له شرعا فكان كالا
حتباس من الحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا تسقط واجيب بان الحرة اذا حبست نفسها
لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه فاما ههنا
فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوية غير لازمة جواب سؤال تقريره لما بواها
مرة يجب عليه ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب ان التبوية غير
لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا زوجها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوية كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية
احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر وام الولد فهذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة
كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوية
لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها اخص بنفسها ومنافعها بعقد
الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة

فصل

لما فرغ من
النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من
اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى
مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن
من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم واذا اوجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك
غيرها فيها لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع

وكلام

وكلامه واضح وقوله وهو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم
من الزيارة في كل شهر واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت
الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم
يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان
لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امراة ابي سفيان
واقرار صاحب اليد مقبول في نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار صاحب اليد
في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين
من الزوجية والوديعة لا تقبل بينة المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات
الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات
حقوق الغايب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغايب لكون ما اقر به ملكه
وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغايب او مودعا
له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغايب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه من الوديعة او الدين
واجيب بان امر القاضي في حق الغايب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المراة ذلك ابقاء
لملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز
للقاضي ان يامر المودع بالانفاق عليه بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله
اولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه امانة من وجه وكذا اذا كان دينا وقوله وهذا
اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او
دنانير او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه
فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة
فلا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير
صحيح فكذا على الغايب بل بالطريق الاولى واما عندهما ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه
المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغايب لعدم ذلك قال رحمه الله ويأخذ
منها كفيلا نظرا للغايب يعني من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضي فيحلفها انها ما
استوفت النفقة فان حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة
على ايفاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من المراة والكفيل وكلامه واضح
ولا يقضي بنفقة في مال الغايب الا لهؤلاء يعني زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه اما غيرهم
من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في
الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه
نظر سياتي وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله ولو لم يكن
الرجل مقرا به متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في الصورتين
ان كان ثم وديعة ولكن ينكر الزوجية او اقامتها لم يفرض القاضي نفقة فيها اذا لم يخلو ما اودع يعلم

القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله في هذه المسئلة اقاويل رجوع عنها فلم نذكرها من تلك الاقاويل ما ذكروا من قولهم اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة يقول اولاً تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الزوج ويأمرها بالاستدانة لم يجبها الى شيء من ذلك لان هذا قضاء على الغايب وهذا قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغايب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر اولاً بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظراً ونظر القاضي للغايب في البداية بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين **فصل** لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلاثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطي كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الحديث رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقوله لانا عرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر الاية وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحايل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايدة واجيب بان الفايدة دفع الاشتباه وبيانه ان الحايل تستحق النفقة ثلثة قروء فكان يشتبه ان الحامل ايضا تستحق ذلك القدر او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله ولانا نترك كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الاسكان فانه قد علمه اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولايدل على الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد هو زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عايشة تلك المرأة فتنت العالم بروايتها هذا الحديث وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت حق عليها فلا تسقط بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بتلك المعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرأة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ

بانه سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا تقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن والله اعلم بالصواب

فصل لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد الصغار نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الرواية وقد روى عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بالطريق الاولى وبيانه وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتيبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق صار الحكم اليه ويجوز ان يقال استدل بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة لهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره ولا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ارضاعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه اذا وجدت لانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى الجواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم يوجد من ترضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع وهو محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال العمل بهذه الاية فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا

كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه
وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه وهو بالغ او بالعكس بان اسلام الصبي العاقل وارتداده
صحيح كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن الاية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكونه لا يمتنع في نفقة نفسه فكذا في نفقة
جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح لانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس الثابت
به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مرتب
عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود ولكن لم لا يجوز ان يكون
الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر
وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها واقول لو استدل
على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله وعلى المولود له الاية كان اسهل تاتيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته
وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يتوهم كلامه من التردد في سبب النفقة
فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل
بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله في جميع ما ذكرنا اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته
انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان
من جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير
عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة
الانسان ان تكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها
مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية وقد
تحقق في نفقة المراة امر ضروري فتتغير وذلك لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس
قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الرجل ان ينفق على ابويه واجداده
وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله وان جاهداك على ان تشرك بي
ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين
اسلم وقالت له ام جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح
ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت
هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه
وسلم وشكا ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويترك من كان
سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان
يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق
عليه او لا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب

والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء
على ان استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تنعدم عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي
يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على
الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبر حاجته ضرورية كما تعتبر في النفقة
والكسوة او غيرهما كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق
استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق
الابن لفاتت المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر
وقوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين
وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى الترك الممتنع فحمل
ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله
ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند
التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله صلى الله عليه
وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين اعلى في
القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك
فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان
الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدور الدفع من غيره بان يسال الناس
او يبره احد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات و
المعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه واما كون الاحياء الحقيقي
اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعد تعين تحققه من جانبه كما قلنا قال رحمه الله
ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات
والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله
عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل
التاويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث
مشهور ويجوز به الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل
ذلك لما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية كما تقدم فان قلت لا منافاة بينهما لا يتعين لان
قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشارك الجد الابن كما ان قوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع
صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولانه

اقرب الناس اليهما اى الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى الاستحقاق نفقتهما عليه
لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهى على الذكور والاناث
بالسوية فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا للذكر مثل
حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب
لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما فى مال
الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكون
سواء ولهذا يشملهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله وهو الصحيح
احتراز عن رواية الحسن وقوله والنفقة لكل ذى رحم محرم مبتدا وخبره محذوف تقديره النفقة لكل
ذى رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة
فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل
بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون
اشارة الى الاول الاية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة
وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته
كانت مسموعة من النبى صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهى
الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى بكسبه فان قيل ما بال
الابوين لا يعدان غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الى اخره وهذا اختيار
شمس الائمة السرخسى وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه وقوله يجب ذلك يعنى النفقة على قدر الميراث
ويجبر عليه اى على الانفاق اما التقدير فلان الله نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها
على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى
هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان
الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير او كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون
فنفقة الرجل على اخيه لاب ولام وعلى اخته لام اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى
الاخ لاب ولام خاصة لان ميراث الولد عند عدم الاب له خاصة فانه عم لاب ولام فلا يرث معه
العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون
وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة
اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث هاهنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب
وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة ان نجعل البنت كالمعدوم ولكن يعتبر صفة
الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم فاذا
جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك
وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان
للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم

الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لان النفقة على ذى الرحم
المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره فى الكتاب فان قيل هذه النفقة
مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا او لا يجب على الخال
لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقق صلة قرابة ابن
العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة بخلاف الخال فانه صلة واجبة والنفقة منها فتجب
عليه قال رحمه الله وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلام ظاهر
وقوله ووجه الفرق يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث وجب بجملتها على الاب خاصة وبين
نفقة الولد الزمن الكبير حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما فى الارث انه اجتمعت
للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه
فى النفقة على نفسه فكذا فى النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان
كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على
قدر الميراث يعنى ثلاثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس
للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من
قوله وفى غير الوالد يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفى كلامه
لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال
وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم
محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع
الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اى اعتبار الارث بان يكون اهلا لا محرزا و
لهذا قلنا لا يجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا يجب على الفقير ظاهر وقوله بما
يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما يفضل على ذلك
من كسبه الدائم اذا كان محترفا ينفق من كسب يده وقوله والفتوى على الاول يعنى ان اليسار مقدر
بالنصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح
لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه
فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط هاهنا وهو مؤنة من كل
وجه اولى ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال فى نوادر ابى يوسف يشترط نصاب الزكاة قال
فى الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد فى الفتاوى الصغرى ان نقص منه درهم لا يجب وان كان للابن
الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد به ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة
فى مال الغائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهما ان ياخذا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله واذا
باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا تملك الام فى النفقة مخالف لما ذكر فى الاقضية وما ذكر فى القدورى
منصوص البيع للابوين فاما ان يكون فى المسالة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى تملك الام
البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما فى

الاقضية والقدوري ما ولأنّ الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما واضاف البيع اليهما من حيث ان
منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغايب اعترض عليه بانه
كذلك يملك الفرض انه يبيعه لنفقته وانما صح بيعه ان لو كان تحصيل البيع للحفظ واجيب بانه للحفظ بيعه
للحفظ حقيقة فيقصده الانفاق لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للغرض في تغيير الحقيقة لا يقال
عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب
فلا تعارض وقوله على ما ر اشارة الجامع الصغير ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم
وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله
بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي يعني انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس
لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى وقوله الا ان ياذن
القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة
عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عليه فصار اذنه بالاستدانة
كامر الغايب بها ولو امر الغايب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا تسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن
القاضي بذلك وانما ذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما
قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها شيء لم يحسب للشهر
الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة
فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تمضي المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم **فصل**
جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر
ومذهب اصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتى فيما بينه
وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان
فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك فان المملوك
اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على
الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال الملك الى خلف وهو الثمن وفي عدمه
فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال
واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في
الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا
اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط
فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد وكان بالدفع اولى وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي
وقاساه على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء
والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق
حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما
غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يجوز ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم

القضاء

القضاء والله تعالى اعلم بالصواب **كتاب العتاق** ذكر العتاق بعد
الطلاق لمناسبة ان في كل منهما اسقاط مبني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق
وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما اتفاقا في الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ
بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمي بتخريج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات
الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في اللغة القوة يقال
عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة
والولاية والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد
ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما
فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه
بعد ذلك وشرطها كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح
وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف والمحاباة بالكتابة
وكل منها اما ببدل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق يعني
الاعتاق لا يتحقق الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى انه لو ورث
اباه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل
على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا
اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسند
الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول
ملزم يعني لان الصبي يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى انه صبيا
لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه اجيب بان الملزم
ثم هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد وقوله واذا قال لعبده او امته انت حر قال في المبسوط
الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء
سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد
اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما المنادى
فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الى آخره وقوله ويستقر من
بعد ما ادبه قوله في مسئلة يا ابني على ما يجيء وقوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو
قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر ولعله لقبه آزاد وقوله فيحتمل
اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا
عن الوصف واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية
والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة
وقوله وسيأتيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تخريجها لا عتاق على ما نذكره وقوله وقد بيناه
يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه عين لرخليت

سبيلك لمناسبة الارسال للتخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لا تعتق لانه صار صريحا
فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتى بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن
اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء
فنفيه نفى لليد فكانه قال لا يد لى عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق
لجواز ان تزول اليد ويبقى الملك كما فى المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان السبيل
المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال
لا ملك لى عليك ونوى به العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك
او لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثانى
فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك
لانفكاكه عنه كما فى المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك
يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية الى ان يسلم وقوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعنى
من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة يعتق قال رحمه الله
ولو قال هذا ابنى ومن قال لعبده الذى يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابنى وثبت
على ذلك ثبت النسب ويعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا فى
شرح القدورى لابى الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع
عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقى قوله لانه ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد
محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب
الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ فى مجازه
عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان مجوز المجاز ولو قال لهذا مولاى ظاهر وقيل ما ذكره المصنف
من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل فى ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير
اما مجيئه بمعنى الناصر فكما فى قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم
واما بمعنى ابن العم فكما فى قوله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى وقوله والثالث نوع مجاز يعنى
الموالاة فى الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرق والمغرب من حيث
الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه
كذا فى بعض الشروح وتحقيقه الغرض والتقدير وقوله فالتحق بالصريح يعنى بدلالة الحال فى المحل
وهو كونه عبدا وقوله واما الثانى يعنى به قوله يا مولاى وقوله بخلاف ما ذكر يعنى يا سيدى يا مالكى
لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان قوله يا مولاى يا من لى عليه ولاء العتاقة من حيث تعين
الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضى سابقة العتق
بخلاف قوله يا سيدى يا مالكى فان معناه يا من له السيادة والملك على ولم يثبت به شىء يختص
بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال يا ابنى ويا اخى لم يعتق فرق بينهما
وبين قوله يا حر فى وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان

النداء لتحقيق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما فى قوله يا حر فانه
قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته فى الحال على ما بينا يعنى فى قوله لانه نداء بما هو
صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام
المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه
لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية
وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يعتق فيهما اى فى قوله يا ابنى يا اخى والحاصل ان العتق يقع
بالنداء بثلاثة الفاظ فى ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاى وفى رواية الحسن بخمسة الفاظ
بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابنى ويا اخى والاعتماد على الظاهر وقوله ولو قال يا ابنى ظاهر
قال رحمه الله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اى قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابنى عتق
عند ابى حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول لابى حنيفة اولا وهو قول الشافعى واصل هذه المسئلة ان
المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما وفى التكلم عند ابى حنيفة ما عرف فى الاصول وقد قررناه
فى التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة
لا محالة لان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او خلق
وقال ابو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال الحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا
والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابنى كلام صحيح فى محله من مبتدأ وخبر وهو
ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لان البنوة اذا ثبتت فى المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر
الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا
محالة فيحمل على ذلك تصحيحا للكلام بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز
اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكتك لان الاول يقتضى عدم
ورود الملك عليه والثانى يقتضى وروده البتة والشىء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم
انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما
صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم
متصورا لوجب عليه الارش فى الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون
قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك على خمسة الاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير
جوابه ان القطع خطأ ليس بسبب للمال المطلق بل لمال مخالف للمال المطلق فى الوصف وهو الارش
حتى وجب على العاقلة فى سنتين بلفظ التثنية كذا فى النهاية وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع
لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه
الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة فظاهر واما المجاز فلان قطع اليد خطأ
ملزوم للارش الذى هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك قوله لما الحرية
لا تختلف معناه الحرية التى حصلنا قوله هذا ابنى وهى الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال
الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولاية كلها فامكن جعله اى جعل قوله هذا ابنى مجازا

عنه اى عن الحرية على ما تأويل العتق او المذكور ولو قال هذا ابى وامى ومثله يولد لمثلهما فهو على الخلاف
وهو الاظهر وقوله لما بينا يعنى من الوجه فى الجانبين فى قوله هذا ابنى ولو قال لصبى صغير هذا جدى
قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له فى الملك من بنوة
او حرية الا بواسطة وهو الاب وهى غير ثابتة فى كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى
ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدى ابو ابى عتق وقد ذكر بعض الشارحين بخلاف الابوة
والبنوة لان لهما موجبا فى الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخى لا يعتق فى ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابى حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان
البنوة فى المملوك سبب لحرية الجزء فكذلك ههنا الاخوة فى الملك توجب العتق واما وجه رواية
عدم العتق فقوله فى مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له فى الملك الا بواسطة ولذلك ههنا الاخوة
لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن مجاورة فى صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة
ولا موجب لهذا الكلام بدون هذه الواسطة قال فى المبسوط ان اختلاف الروايتين فى الاخ انما كان اذا
ذكره مطلقا بان قال هذا اخى فاما اذا ذكر مقيدا او قال هذا اخى لابى او لامى فيعتق من غير تردد لما
ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها
الاتحاد فى القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة فى النسب والمشترك لا يكون
حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى
اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذه ابنتى فقد قيل هو
على الخلاف وقيل هو اى عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث
من بنى آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى كما تقدم فى
كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما
قوله وان قال لامته انت طالق او بائن ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق
اثبات القوة ولهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فانى يشبه الطلاق الذى
هو اسقاط محض وتقرير الجواب ان الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست
بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى العتاق
والطلاق وقوله ولهذا اى ولكون العتق محتمل لفظه يصلح لفظ العتق والحرية كناية عن الطلاق
فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لا يناسب شيئا الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله
مشايخهم لان المنصوص عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح
والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات
القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع ايضا كذلك لان العبد ملحق بالجمادات
وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا
حللته وهو عبارة عن دفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة
لم تزل مالكيتها فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين

اثبات

اثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة ولهذا
ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى على ما نذكره ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح
لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن
واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه
اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون
فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين معلومين مختلفين فى الحقيقة وهو فى احدهما اقوى منه فى الآخر
وانت تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس
ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جراءته وقوته
بجراءة الاسد وقوته فتدعى الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق
اسم القوى على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز
استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب ان فى
الاول منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفى
تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو ينافى الاستعارة وقوله واذا قال لعبده
انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر فى المبسوط لم يعتق الا بالنية
وفى تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك
فى الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة
يستعملونه للمشاركة فى بعض الاوصاف فيقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة
كعلم او خط او جود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه
فى الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال ما انت الا حر الى آخره ظاهر **فصل** لما ذكر العتق الحاصل
بالاعتاق الاختيارى الذى هو الاصل ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير
اختيار كارث قريب وخروج عبد الحربى الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم فى الاصل
وعاء الولد فى بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم
هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة وقال
صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائى واللفظ بعمومه يتناول
كل قرابة مؤتلفة بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير فى مثله يعود الى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم
من دخل دار ابى سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبو
عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على رقيته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو
حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد
والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفه بالفاء التى للتعقيب فلو يعتق لم يعتقه اجيب
بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التناقض ومحله ان مثله يستعمل لحصول الثانى

بالاول لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وله امثال وقوله
والشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك
ينفيه القياس او لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق بشيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه
لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه
وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب
على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك
فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب
المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها
ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة
فمذهبنا لكنا لما اثبتنا ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا
البتة فاستدل به ولشيخنا ههنا نكتة وهو قولهم هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل
النكاح فان تصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستلزم تفضيل
الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم
مادة هذه المكابرة فان الرضاع لا يرفع الا الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما او
كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل ان هذه القرابة ان اوجبت
العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة
الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا يوجب الاعتاق ايضا اجيب
بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوارثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك
واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في
دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فانه لو اعتقه لا ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل
عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ
واذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل انما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا
لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالالزام يلزم بالالتزام ايضا
بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار
من كل وجه وهما ليسا من اهله لما عرف في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم
يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله
من قوله ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا ينحصر تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب
اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم
انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب
عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما

هو المقصود

هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة
فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من
مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كان مقصودا بالكتابة لكونه يتخلص بالرق فكذلك رق الوالد والولد
فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما حرية الاخ فليست
من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه وابيه وقوله وهذا بخلاف
ما اذا ملك بنت عمه جواب عما يقال جوابا لي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على
من ملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك
وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع
هو المؤثر وذكره هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال
ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا
المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة
وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال
رحمه الله ومن اعتق عبدا لوجه الله ومن قال لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق
لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة
وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني
للشيطان او للصنم وقوله وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى
ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان
دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق
بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف
فيه بيننا وبين الشافعي في وجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا
قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في
الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا
اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله
عليه وسلم ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجوازه عليه
بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الحسية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها
وقوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض عليه بانه لو لم تعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة
واجيب بانه لما اعتقها في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبتها الامة بعد ذلك صادقة بغير هبة لما منه
واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد
بالشرط على ما سيجيء وقوله واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز تخريج عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي
ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العتق كما
في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول

بانه كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما هيهنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على فكان ذكر المال هيهنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه ينتقض بانه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من الرواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فلا تتوقف فيه مشروطا بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا للكلام عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في النهاية هذا حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فان في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق بجواز بدل الخلع على الاجنبي دونه في الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في حق المرأة في عدم حصول شئ لهما بمقابلة المال كان على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكان في مقابلة شئ يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحبل واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارض له فيراعى في الولد لان ماء الامة لا يعارضه لانها مملوكة فيكون الماء ان لم يخلو عن ماء الغير لان ماءها مملوك لسيدها تحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائها لكونه ماخوذا في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا فانه يتنفس بنفسها ويتنقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يصار اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فيثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى فان للمولى اي جانب اعتبر وقوله والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الام حتى يكون الولد مملوكا لمولاها تضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة عالما بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامومية الولد والكتابة كالتفسير لذلك والله تعالى اعلم باب العبد الذي

يعتق بعضه اي اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله والاصل ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا واما اذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزى فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قوله الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول تتجزى وحكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل لهما ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة احدهما توجب اثبات الاخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت شئ او يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق وصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد تقدم ان الاعتاق عندنا في اسقاط كالطلاق فكيف جعل هيهنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال الامام الاعتاق الى اخره ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف وهو اي الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبيده او حق العامة لان الغانمين كما يقتسمون غيره فيقتسمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى بناء الكلام على احد امرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك وانما قلنا انه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك واما ان الملك متجز فذلك بالاجماع لكنه تعلق بامر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه ولا تجزيه عليه كما ان الصلاة فانه امر غير متجز تعلق بالمتجزي وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيتها ولا تجزيته عليها وهما اي الصلاة هذا تعريض احد الامرين وتقرير الاخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة المتجزي وازالة المتجزي متجزية وذلك لما ذكرناه وهذا اسهل مما ذكر ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال البعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة

ان اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى
وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق لانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد
ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا
فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى فيجوز ان يكون
بمعناه لانه هو اى معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون بمعناه
اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكية في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه
كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى
كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد
رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما تتحقق
بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط
من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فتقبل الفسخ
وفي بعض النسخ لانه اسقاط لا الى احد يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد
وهو وقت اداء البدل وقوله وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم كما
كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين
بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك
فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة
يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزيا لاطرد في
القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجزأ لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجز قال رحمه الله
واذا كان العبد بين شريكين اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح
ونوقش مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة عنده لا يثبت شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق
واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زوال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله
فالولاء بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما [illegible] واعتاق الآخر
بعوض لا يمنع في ثبوت الولاء بينهما جميعا وقوله لهما في الثاني يعني ان يسار المعتق يمنع السعاية
قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر
والقياس فيه اصلان لامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه
مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد
لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق فحال لانه متصرف في نصيب
نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير
كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او احرق الحصائد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنا تركنا

القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة رضي
الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب
ظاهر وقوله لما قلنا يريد به قوله ولانه احتبس مالية نصيبه وقوله لان العبد
فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه
وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عسرة المعتق تمنع
وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته
لماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل
رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير
من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكرتم من
وجه ابي حنيفة فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي صلى الله عليه
وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان
المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت
السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة
وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار
الغنى وهو ملك النصاب بهذا ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم
وثياب البدن وللحسن فقد روى استثناؤه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم
العتق وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال
الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه
وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى
لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود
وقوله لانه به اي بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت بتحقيق
ما قصده المعتق من القربة وايضا بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق
القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار
حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت فلا معنى للعدول الى غيره وقوله
ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسألة مبنية على حرفين اي اصلين بقي الكلام
في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق
في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفى السعاية
ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو
رجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج
على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه
في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع

عليها البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان
يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثانى فظاهر واما على الاصل
الاول فلان التجزى ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفى هذه
المسئلة من حيث المذهبان لان من حيث كل واحد منهما والضمان فى مذهبهما معتمد على عدم
التجزى لا محالة على انا نقول ان التجزى اذا لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من
حيثية اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه فى الجملة وقوله والاستسعاء
معطوف على قوله والتضمين وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولانه احتبست مالية نصيبه
عند العبد وهو مبنى على الاصل الثانى ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام
الساكت باداء الضمان وكان له ذلك اى اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثانى
فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل فى يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن
على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان
يعتق الباقى او يستسعى ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل و
المستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقديره ان ذلك ضمنى والضمنيات لا تعتبر وكان
الولاء للمعتق فى هذا الوجه يعنى اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى
قوله احتبست مالية نصيبه وقوله ولا يرجع المستسعى على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا
لسؤال وقوله وقالا ان شاء فى الموسر اه موضع خلاف انما هو فيما ذكر فى اول الباب مطلقا
فالحاجة الى اعادته ههنا وقوله ولا راض به اى بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم
والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله تتعين لما عيناه يعنى
عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر فى
وجوده الى الجناية كما فى اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتنى على احتباس
المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع
بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لجواز البيع لتنافيهما
فى شخص واحد والله اعلم قال رحمه الله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه
كلامه واضح الا ما ننبه عليه قوله بالعتق اى بالاعتاق وقوله فى زعمه اى فى زعم كل واحد منهما
وقوله فيصدق يعنى كل واحد منهما فى حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اى على تقدير الصدق وقوله
او مملوكه يعنى على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا حق الاستسعاء على التقديرين
لان المولى اذا كان كاذبا فى قوله اعتق شريكى نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء ههنا ان
يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا فى قوله اعتق الشريك يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار
تجزى الاعتاق عند ابى حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمعنى انه اخذ بدل الكتابة وذلك ايضا
جائز وقوله لانه حقه فى الحالين اى لانه حق المولى فى حال اليسار والاعسار فى احد شيئين اما التضمين
او الاستسعاء وقوله وقد تعذر التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على

تقدير

على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد
كل واحد منهما انما اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية
فلا فائدة فى التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لانه مال اليه وقوله على ما بيناه يريد
قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى
قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال
الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف هذا
عند ابى حنيفة وابى يوسف لكن عند ابى حنيفة لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان
احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد لحاله
فى استحقاق النصف الباقى على السواء وعند ابى يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا
موسرين فلم يسع لواحد منهما فى شىء لان كل واحد منهما يتبرا عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه
لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى فى ربع قيمته للموسر
منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرا من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر
يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته وقال محمد لا يسعى فى جميع قيمته بينهما نصفين ان
كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شىء وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا
سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرا عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار
المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية وجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين ان المقضى عليه
بسقوط حقه فى السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه فصار كما
اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشىء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط
نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل وقوله والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضى عليه مجهول فان قيل فى
التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق اجيب بان ذلك محتمل
مرووة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال
محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق المعتق من
وجه فكان التوزيع اولى وقوله ويأتى التفريع فيه قد امضيناه فى اثناء الكلام وقوله ولو حلفا
على عبدين ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره وقوله ولا ضمان عليها على الاب
وقوله وكذا لو ورثاه يعنى بالاتفاق وصورته امراة اشترت ابن زوجها فماتت عنه وعن زوج
كان النصف للزوج ويعتق عليه او امراة لها زوج واب ولها غلام هو ابن زوجها فماتت المراة
صار غلامها ميراثا من زوجها وابيها وقوله وقالا فى الشراء اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق فى
صورة الارث وقوله وقد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه
ثم اشتراه بشركة الاخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره
فى الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الاخر رضى بافساد نصيبه ومن رضى

نصيبه

بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا وقوله وذلك اى الدليل على رضاه
بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به
عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضى بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة
لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم تصلح
العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعى ثبت جبرا بمباشرة علته بغير اختيار علة
الاذن فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله وهذا ضمان افساد ويجوز ان يكون
جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك
فلا يسقطه كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك لان
الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع
له فكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار
فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله فى ظاهر قولهما لانه روى عن ابى يوسف انه ضمان تملك فلا
يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط بالضمان وقوله ولا يختلف الجواب بين العلم اى بالقرابة
وعدمه فى ظاهر الرواية عن ابى حنيفة لان الحكم يدار على السبب اى العلة كما اذا قال لغيره كل هذا
الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه والسبب قد وجد بامر وروى الحسن عن ابى حنيفة انه
فصل بينهما اذا كان عالما بالقرابة وبينهما اذا لم يكن عالما بها فى حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا
اذا كان عالما بها وقوله وان بدا الاجنبى ظاهر مما تقدم وكذلك قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو
موسر وانما قيد بقوله ممن يملكه كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن الساكت بالاجماع
وقوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قولهما انه ابطل ولم يرض وطريقه
واذا كان العبد بين ثلثة نفر اذا كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر
وهو موسر واراد الضمان اى ارادا لان مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان
المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق
وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد لو كانت
سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك
لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة وكان الاتلاف بالاعتاق واقعا
على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق
تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنه اياها
وهذا عند ابى حنيفة وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا قوله واصله هذا
ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة
الحاجة وقوله غير ان له اى يضمن المدبر بيان خطر الضمان على المدبر بعد ما كان الاعتاق ايضا سبب
ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل فى
الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز لان ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه

يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه معاوضة بلا بدل فانتقل سبب الضمان
موجبا الملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير
قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية واما ان الاصل فى
الضمان ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان
المدبر ضمان معاوضة ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى
مات كان ذلك الكسب للغاصب كذا فى النهاية والمسئلة فى اخر باب النهى من اصول الفقه لشمس الائمة
السرخسى وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان
المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل للنقل
ضمان معاوضة كان اولى وقوله ولانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال الامام جلال
الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق
ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابى حنيفة وان كان بمنزلة
المكاتب الا انه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر وقوله
على ما قالوا اشارة الى ان فيه خلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوعا
منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع وبقى الآخر
وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما
قاله فى الكتاب لان منفعة الوطى والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول
وقوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعنى ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث
قيمته فقد ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع فى ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له
فى الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذى ذكرنا وفسد
بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذى ملكه على الساكت باداء الضمان
لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق
التضمين والثانى انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت فى ذلك الثلث
والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثانى يندفع ما قيل حاله فى
الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق
على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام
مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر
لكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام
الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية
وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اى بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق
لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب
الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق

الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملكه المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما ذكرنا فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء على ما ذكرنا فصار مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار ان اردتم به مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق والاول مردود بما اذا كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الاخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال رحمه الله واذا كانت جارية بين رجلين اذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي ترفع عنها الخدمة يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى غيره ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن المنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عنه بالجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه باعتبار المطابقة للواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا ضمان للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى قوله والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد تضمن اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم اقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر

كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهي منها انه اذا مات احدهما حتى عتقت لم تسع للاخر عنده وعندهما تسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء لا يكون الا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولو لا تقومها لم تكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر قوله غير ان قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز ولا احراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به بعد الموت لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق بحق الغرماء وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام الولد النصراني جواب عما قاسا عليه وقوله قضينا بتكاتبها عليه ليس المراد حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما ادته في معنى بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتبها لم يقتض تقوم ام الولد النصراني فاطرد ما قلنا والله اعلم

باب عتق احد العبدين

اعلم بالصواب لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه
اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ولنسم كلا منهم باسم الفعل الذي
اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع في البيان
اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني
ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار خبرا
فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام
الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت
بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا
وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه
ونصف كل واحد من الآخرين يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك يعتق
من الثابت ثلثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار
الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث
اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان
السجود منهم كان محتملا ان يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون
لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا يجب
بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل
اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال
اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستقرار
كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لا بد ان ينفلك ظهر له ثدي
او ينبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح هذا
اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا
كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية
تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصية فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى الثلثة الارباع
فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلثة الارباع وهي ثلثة
اسهم فجميع سهام الوصايا سبعة فان كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا وعشرين والثلثان
اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت
ثلثة اسهم ويسعى في اربعة واما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل
بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق
منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه ثلثة ويسعى في ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى

وخمسة

وخمسة وكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل
ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا لان اجازة الورثة او لم يجز واعندهما لان الاعتاق
لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما اذا كان بطريق التوزيع
والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى
موضعها قوله ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات
الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة
ثمنه وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة
وصورة المسئلة واحدة والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق
سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون
حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق
وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان لحق البيان وصرف العتق الى
ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام لحق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه
عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين
المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة
في الطلاق فهي دائرة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة اذا كانت
المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي
المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلنا اجنبية من وجه دون
وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة
منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا
كان المولى حيا ويموت احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام
الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثاني اوجب
عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما
يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح
بكل حال فصار رقيلة كقولهما وان مات الداخل قيل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج
والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني
وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل
لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب
ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب
تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج يعتق الثابت بالكلام الاول ويبطل
الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان
الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني

وله الخيار في تعيينها الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني وان
اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول
ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة وكذا الداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة
بموتها ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر ولو ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين بالكلام الاول
فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه
على الثابتة لم تطلق الخارجة فان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة كما مر في
مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن فيقسم بين الداخلة والاوليين
نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين ونصفه الاخر بين الاوليين لان
احداهما ليست باولى قال رحمه الله ومن قال لعبديه احدكما حر كلامه على
ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه ما لو قال
لامتيه احداهما ابنتي او ام ولدي وماتت احداهما لم يتعين الحرية والاستيلاد في الحية
اجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر به عن الميت
والحي فيرجع الى بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما تعين احدهما
للحرية اذا مات الاخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله
احدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان
انشاء ومن حيث ان العتق لا يعدو عنهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال وان كان
في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فلما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء
والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الاخر للعتق ضرورة وقوله وكذا اذا استولدها يعني اذا وطئ احداهما
فعلقت منه لانه صار ام ولد له فمن ضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء
العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للمعنيين يعني عدم
محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق
جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو
قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الاخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع
في المحفوظ عن ابي يوسف فاذا ساوم احدهما كان بيانا يعني لتعيين العتق في الاخر قيل مثل هذه العبارة
تستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة والتسليم والصدقة يعني ان
البيع قبل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا ذكره في الاملاء اذا وهب احدهما واقبضه او
تصدق واقبض عتق الاخر لان البيع الفاسد يعين الاخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة
والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك
وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما كان بيانا ان الميت لم يبق محلا للعتق كذلك
لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له وكذا لو وطئ احداهما كما تبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال

ذكره ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله

لامتيه

لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطء لا يحل
الا في الملك واحداهما حرة لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احداهما جعل مستبقيا الملك
فيها ليقع الوطء حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق
ولابي حنيفة ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطئها
حلالا اما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكر وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة
فلا يكون الايقاع فيها فلا يكون الملك عنها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر
لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل
وطئها على مذهبه وهذا في غاية البيان ويلوح منها سيماء التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة
التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا
الى ترك ابي حنيفة الاحتياط وارى انه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة بترك الاحتياط
فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل لكان اهلا للفظ عن مدلوله وان كان
نازلا لا يجوز وطئهما اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني نعم يقال العتق غير نازل
قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير
نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول او يقال نازل لان العتق نازل في المنكرة فيظهر
في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما
فانه يصح والوطء لا يقبله المنكر لانه يصادق المعينة اذ هو حسي لا يقع الا في المعينة ووطء
غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى فان قيل كيف وقع بيانا في الطلاق اجاب
بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء
الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا
يدل على الاستبقاء وهذا على طريق تخصيص العلل واما ان يكون المصنف اختار جوازه
او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في التقرير قال رحمه الله
ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة
السرخسي في المبسوط وذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل
بل في هذا الفصل الحكم يعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا
فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما
اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا
ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي
حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق
في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق
الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده
وهنا اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت

الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذا
ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مما كان في طرفي الوجود
والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات
وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه فصلناها في
شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في الكتاب
اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف والغلام
رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية
صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكر في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان
الغلام اولا والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره
ايضا فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور
في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب انه
لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا والجواب ان
الام تعتق لوجود شرط العتق وكذا الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام
في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فلعل
المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما قال رحمه الله واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق عبده الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى عتاق
احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة هي باطلة الا ان تكون في وصية استحسانا على ما نذكره
واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على
عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف الحكم على هذا الطريق
بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما ووجه قولهما انه لا يحتاج فيه
الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على كون
العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية
وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من
حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها
وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على
مولاها وذلك حق من حقوقه فكان الشهادة فيها كالشهادة في هلال رمضان فان قيل لو كان
كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على
عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم
الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم
يقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها
قبل العتق لا يجب الحد وبعده يوجب لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها

بالحرية

بالحرية الا يرى انه جاز له ان يزوجها ويأخذ بدل بضعها ويكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج
واذا ثبت الاصل تبتنى وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده
الى اخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول لا يتحقق قيل عليه انا ادعيا ذلك وجب ان تقبل
البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما
دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد
العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه صورة نقض على ابي حنيفة رح
لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم يسمع البينة ههنا ووجه دفعه ما ذكره بقوله لانه
انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم
الفرج عنده على ما ذكرنا معنى قوله لان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطئها ومعنى
قولهما انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطي بعده زنى واعترض بان
عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه
عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا
عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطاء وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض
موته بيان قوله الا ان يكون في وصية استحسانا وقوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني
سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف فاحدهما ان التدبير
مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان
الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع
بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق
نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المعتق
مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته
احدكما حر قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم لا يقبل لانه
ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم وقال بعضهم يقبل لشيوع العتق فيهما
فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء الشرط ولما
كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز قوله ومن قال اذا دخلت الدار
واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشترى بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف
العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر
ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه قد وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك
لي يومئذ معناه ان ملكته مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم يوجد الاضافة
فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله وكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله
كل مملوك لي للحال لحيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن

الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر يعتق ذكر ظاهر ومبناه ان
المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكرنا في النكاح وقوله وفائدة التقييد
بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول الذكور
والاناث حتى امه برية وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق في القضاء
وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر
ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله
املكه فان املكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله
املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير
يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره
صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه
للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل
ويترجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه
المستقبل المعدوم واقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح
لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع
مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس
ذلك ولعل المصنف اختار ذلك لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا
الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك لي املكه او قال كل مملوك لي فهو
حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخر ليس بمدبر مطلق بل هو
مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر
يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة
للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء
اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك لي املكه او لي فهو حر واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا
اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة اي المرتقبة والحالة الراهنة
اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمراد المحبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا
في الشروح الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان يدخل
فيها الموجود عندنا ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى
الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة
ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه
اعتبارا للحالة المرتقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه
لانه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث
الايصاء لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا

حال التملك وانما هو عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو
حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية وقوله كل مملوك لي
املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض
استقبال لا يتناوله والايجاب لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب
انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا يعني لا ان يكون جواب سؤال لعقله كما ذهب
اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناوله الايجاب المختص به اصلا لا في الحال ولا
في المآل لان المتناول انما يكون مضافا الى الملك او الى سببه ولم يوجد احدهما في حقه لانه موجود فاجاب
بان تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال
اشارة الى جواب ابي يوسف رحمه الله وكأنه اراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ
الدالة على ذلك فيطرق الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم
التنافي في بسيط في كلام واحد اذ كان المراد ايجاب عتق في الحال او كونه ايصاء فقط ان كان المراد
ايجاب عتق بعد الموت ولو قال لهذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية
تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت واما ما
بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تأتيا واسلم
من الاعتراض

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان
من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق
ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض او حيوان او غيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم
او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل
العبد عتق ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال
ان اديت الي الفا لانا نقول انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في
الافعال دون الاعيان لان في بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل ما قيل لان الكلام
فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد
بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه
معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال ولا يملك المال
واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة
المال والثاني العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة
اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق
او ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا ايضا
ليس بشيء لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة
مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يحصل به في يده شيء
من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس

مال بل ما هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت
الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او
بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى يصح الكفالة به لانه دين صحيح
وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان
ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس
ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يتعد الى الكفالة
وقوله واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن اعتق عبده على مال وقوله
فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك
العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز
حنطة ولا تضره جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة
الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة
اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق
بساير الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء
كما في التعليق بساير الشروط وقوله من غير ان يصير مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو
مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده
من اكتسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابرأه المولى لم يعتق
ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله وهو اذنه في التجارة يعني من التي يختص في [لاكتسابه]
لانها هي المشروعة عند الفقهاء دون التكدي لانه يدني المرء ويخسسه وقوله وفي ساير
المعقود يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها وقوله انه يعني المولى ينزل قابضا
بالتخلية بين يدي المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند [الناس]
من الاكراه بالضرب او بالحبس وقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها
ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق
لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله ولهذا لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين وقوله
ولا يجبر على مباشرته شرط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تقريره
لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا امكنه البيع قبل الاداء وقوله
بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عقد الكتابة
معاوضة والبدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ كما
ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ
بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة كان باينا فجعلنا تعليقا
في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بكا[سبه]

ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور
عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل
لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل منه كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء
عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت
شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمودى فيثبت هذا سابقا على الاداء حتى وجد
الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك
المال حتى لو ادى منه عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين
احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة
لا يقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى
الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق
اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعملنا هذا اي عملنا بالشبهين يدور المعنى الفقهي و
تخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام
بمحض التعليق وهو ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة
من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى
المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء
كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع
انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار وترد بالعيب ولو ادى البعض
يجبر المولى على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على القبول في الكل ثبت
في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وما ذكره في مبسوط شيخ الاسلام
انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق بمال اداه الى المولى وانما
يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس ثم اذا ادى البعض
لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى البعض الباقي لان الشرط وجود
الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله وان حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك
هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق براءته عنه سواء ابرأه عن الكل
او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف
اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بادائه
لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل
هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لان كون الالف مستحقة لا يمنع
كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء فقوله ان اديت يقتصر على المجلس
وهذا ظاهر الرواية عن ابي حنيفة انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بساير الشروط ووجه الظاهر ما
ذكره بقوله لانه تخيير يعني تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير للمشية

العبد اذا قال انت حر ان شئت فان قيل قد تقدم انه يصير ماذونا في التجارة فكيف يكون الاداء
مقتصرا على المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما
لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على
المجلس بتخيير فيه وتوقف المال قبل الافتراق بالابدال ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف
درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل
ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال
انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متاخر اليه لئلا
يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان
ايجاب التدبير في الحال على ما سيجيء فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق
اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده
بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى يستوجب
مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال فالمدبر على الالف ما الفائدة في تعليق التدبير
بالقبول اجيب بانها بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال
وقوله قالوا يعني المشايخ لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد
موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس
باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث
صحيح بناء على ان ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت
بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده
كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير
بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق
الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف
المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه
انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في
الحال حتى يشترط القبول ايضا فيه اجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع
وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط
القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال ومن
اعتق عبده على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد
عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وهو قول
ابي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق
وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق
ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا الحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلح صداقا مع ان الله تعالى

شرع

شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلاف آخر وهي ان من باع
نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما
وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت معروفة في طريقة
الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر ذلك وجه قول
محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته
فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه
وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان
ذلك هذا في المبني ولقائل ان يقول هذا مناقض لما قال المصنف في اول الباب انه معاوضة مال بغير مال
لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال بعين ما ذكرنا وشابه
بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح باي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال بالنظر الى نزعه من
المولى وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد وفسخ العقد على الجارية يلزمه قيمة
العبد على ما يذكر واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من
نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه
قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد
فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله وكذا بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه
الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال لآخر اعتق امتك
على الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ علي اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها للتاكيد
والمسئلة ظاهرة وقوله لوقوعه على ما قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على
وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمراة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ
الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتق
فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس للاجنبي
كالعبد حيث لا يثبت له شيء اصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري
فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل
فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل
عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان
احديهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها
وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك
بدون القبض ولا ملك هاهنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والثانية ان
البيع اذا كان فاسدا ووجب فيه العوض وجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما
هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في

في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي وأجاب الامام شمس الائمة السرخسي رح عن الاولى بان الامة تتنوع
بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه يصير قابضة نفسها ادنى قبض وادنى القبض يكفي في البيع
الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع
مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح
فتجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره
محمد في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل
فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما
اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين **باب التدبير** ذكر الاعتاق الواقع
بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر
في عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه
صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر وانت حر مع موتي او
في موتي وكقوله اوصيت بنفسك او برقبتك او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز
اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج عن الثلث عتق وان لم
يخرج عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وقال الشافعي رح يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق
بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر
وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف ولان التدبير وصية حتى يعتبر من
ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا
قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله
عنه ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره
ثم اما ان يكون سببا في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية
فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكونه كلامه عرضا لا يبقى
فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المصنف رح بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في باب
العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول قوله ثم جعله سببا في
الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين فيحمل ما ذكره
هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا
بعد الموت او اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل التدبير تعليق
وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف
سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي رح كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات
لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف غموضا لا ينكشف على وجه
التفصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكلامنا
في اللازم ينافي الملزوم واظهر هذا قلنا القياس يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا

في الحال

في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع
عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق
اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار
بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة
كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون
اليمين تنعقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخلي الدار فانت طالق وقد نص في الكتاب ان اليمين تنعقد
للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين
الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير هو
يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا
لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه
بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستعمال سائر في اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة
ان لم يكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس
بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط
لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية
الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما سائر التعليقات فتاخير السببية
فيها الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند
وجود الشرط لمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية
ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة
المجنون واما اذا كان فلا نسلم ان الاهلية اذ ذاك غير شرط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة
في الحال فرق آخر بينهما وتوجيهه التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي
يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالوارث فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان
وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها او بعدها ولجاز
البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا
ان ذلك في وصية لم يكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك
ان بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يكون فيما يوصى به يقبل الفسخ والبطلان
والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب
الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب القياس هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية
لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا
يجوز **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره لان التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية
وكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان
يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو

ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنه وهو قوله
عليه السلام وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني
بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا انفا فكل وصية
تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه رقيقا وان كان على المولى دين يسعى في كل
قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد المدبرة
مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر
اما ان يكون من امته او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما
دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم وخصمهم عثمان
رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها
لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل عن احد خلاف وقوله فان علق التدبير
بموته بيان للمدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي او سفري
او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة فربما
يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت
وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستدعي ما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان
بمعنى اليمين وقد عرفت ان صفة كونه يمينا يمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن
في معنى اليمين وكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد
الموت فليس بمحل لاهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء
من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت
الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله للتردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة
ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى
وذكر الفقيه ابو الليث في نوادره لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف
هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة
فصار كانه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين في الثاني يعتق
ولو مات بعدها لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لما بينهما من المناسبة من حيث ان لكل
واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فان الولد من الاسماء الغالبة
كالصغيرة في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها
ولا هبتها ولا تمليكها لقوله عليه السلام لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل
له الا تعتقها اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان
الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا
البيع بالحديث الاول والتخيير بالحديث الثاني ولانعدام محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع
الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد
انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة
الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع
بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز
العتق لان الجزئية توجبه ولسنا قائلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال بمعنى ان الولد انما
يكون بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب
حكما مؤجلا الى ما بعد الموت فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات حكم مؤجل الى ما بعد الموت
وهو العتق فحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق
من ملكته امرأة النبي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه
ان بقاء الجزئية حكما عبارة عن اثبات النسب والاصل في اثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب
اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقهن
وقوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما
كانت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل
قد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة
يقتصر عليها الحاجة فما وجه التوفيق بين كلاميه اجيب بان معنى قوله لا يتجزى يتملك نصيب صاحبه
بالضمان ويكمل نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب لان نصيب صاحبه
قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى
ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان
الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف
الموضوع والمحال وبانه يحتمل ان يكون فيه روايتان عن ابي حنيفة ثم وذلك لانهما جعل الاستيلاد
عليه فانه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة بانه متجز عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان
لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قال رحمه الله وله وطؤها واستخدامها واجارتها
وتزويجها قد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها وكان الملك فيها قائما كالمدبرة
فجاز له ان يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل ان يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه
محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب بان محليتها جواز النكاح كانت ثابتة
قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا يرتفع بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح
الغير فلا يعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة وقوله ولا يثبت نسب ولدها اي
ولد الامة رجوعا الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها الا ان ولد ام الولد يثبت
نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة

حكم الامة فانه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله الا ان يعترف اى بالولد والاعتراف
بالوطئ غير ملزم وقال الشافعى يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد
اى بالنكاح الذى هو مفض الى الوطئ فلان يثبت به وهو اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة
يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه اى عن طلب الولد وهو سقوط
التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة
ملك اليمين من غير وطئ فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين
مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة لاتصال النسب باعتبار الجزئية او بما وضع لها والقصد
وعدمه لا مدخل له فى ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزانى وليس كذلك وانما
النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطئ الامة
ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان
قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة
الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضى به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء
القاضى فقد لزم به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار
فى هذه المدة من قبول التهنية ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم فى مدة التطاول
قد سبق فى اللعان وقوله لان فراشها ضعيف واضح وقوله وهذا الذى ذكرناه
اى عدم ثبوت النسب لولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضى فاما الديانة يعنى فيما بينه
وبين الله فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين ان
يحفظها عما يوجب ريبة الزناء وقوله لان هذا الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم
العزل يقابله اى يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او ترك التحصين وقوله وفيه روايتان اخريان
فى بعض النسخ اخراوان وليس بصحيح وقوله عن ابى يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع
وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية
الآخر فاما رواية ابى يوسف فهى انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه
ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها
على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد فهى انه لا ينبغى له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه
ولكن ينبغى له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه
لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فى ان لا يدعى النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته
لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر
ان الولد منه فيلزمه ان يدعى وان لم يحصنها وعزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف
بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم امه لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى
الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد
ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب

وعدم

وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد
وقوله ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه
من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير
امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير
امه ام ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغى ان لا تصير ام
ولد لمولاها لان امية الولد لمولاها لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا
لم يثبت الاصل فيه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان
ذلك الاقرار فى ضمن شئ لم يثبت ذلك الشئ لمصادفة اقرار المولى فى محله وهو الملك وهذا لاحتمال
ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او لشبهة بعد النكاح الا ان هذا
الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى
معتبرا فى حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا مات المولى عتقت من جميع المال
واذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها او لا لما رواه محمد بن الحسن رحمه الله
من حديث سعيد بن المسيب ان النبى صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا
يبعن فى دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله امر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن
بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد
لانه فهم ذلك من قوله وان لا يبعن فى دين ولان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج
الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية تقدم على حق
الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج
وقوله ولا سعاية عليها اى على ام الولد فى دين المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية
الى آخره وفى بعض النسخ لما روينا يعنى لسعيد بن المسيب ووجه ذلك انه لما قال ولا يبعن
دل انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله ولانها يعنى ام الولد ليست
بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابى حنيفة لان ماليتها غير
متقومة عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فان من له القصاص اذا مات
وهو مديون ليس لارباب الديون ان ياخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة
ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى ياخذوا بمقابلته شيئا
متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص
وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو واذا اسلمت
ام ولد النصرانى فعليها ان تسعى فى قيمتها وهى ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل
القول بالسعاية عليها عند ابى حنيفة لكون مالية ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية
قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها وقوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمى متقومة
وما يعتقده جواب عن هذا الاشكال وقوله ولانها يعنى مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهى محترمة

وهذا اى كونها محترمة يكفى لوجوب الضمان جواب عما اورد لذلك الاشكال وأعترض عليه بان الاحترام
لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد وأجيب بان مبنى الضمان فى الغصب على المماثلة
ولا مماثلة بين ماليتها لانعدام تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص
العلل وقد تقدم الكلام فى مثله وقوله كما فى القصاص المشترك يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين
جماعة وعفى احدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون
موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو احدهم ولو مات مولاها وهو النصرانى عتقت
بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام
الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها وقوله ولو استولدها صورة المسئلة ظاهرة وتقريره اى الفرق وجه
هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد
باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة اى فى حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل
وفى صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها فى تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا كان الجزء
مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى فانها لا تكون ام ولد لان العلوق ليس من مولاها
قيل فى كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها وهذا لا يثبت
اذا علقت من الزناء وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان هذا هو العلة
وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفى
صورة الزناء انما لم يثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزنى بها فى تلك الحالة ملك مولاها
ولما كان سبب الاستيلاد وهو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل فى اول الباب حيث قال
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما يثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما
كملا وقد يثبت النسب بالنكاح فيثبت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية تثبت امومية
وقوله بخلاف الزنا جواب لقوله كما اذا علقت بالزناء لانه لا نسب فيه اى فى الزناء للولد الى الزانى
فلا يثبت الجزئية المعتبرة فى الباب وهى الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت
النسب من الزانى فعلى م يعتق عليه الولد من الزناء اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزانى اذا
ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة
عن الزانى منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزناء لا يعتق عليه لانه
انما الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ
لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزناء لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه
ظاهر قال رحمه الله واذا كانت الجارية بين الشريكين هذه المسئلة تقدم ذكرها فى اول الباب
حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد يتجزى الامة الى
حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكر ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما اريد بعدم تجزى
الاستيلاد المذكور هناك وعليه نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد
تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله فادعاه احدهما لانه لا تفرقة فى ذلك بين الصحة والمرض وقوله

لانه

لانه لما ثبت النسب منه فى نصفه الى آخره يرد عليه القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه فى نصيب
الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزى لما ذكر فى الكتاب ويجاب
عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا الا يرى انه سقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب
العقر فلذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه قال فى النهاية
هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف فى اصول
الفقه واقول يجوز ان يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتى دون الزمانى وحينئذ يكون واردا
على الاصح من المذهب وقوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا
للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك فى النصف
قائم وقت العلوق وذلك يكفى للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون
الوطء واقعا فى غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن
له ملك فى الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فى ملكه صيانة لدمه على الصلاح
فيكون الوطء فى ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف
مهر مثلها هكذا فى مبسوط شمس الائمة السرخسى وفى مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما
تستاجر هذه المرأة لو كان الاستيجار للزناء حلالا وقوله فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك
لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق فيما ذكرنا من ترجيح
مثبت النسب وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما قال المصنف معناه اذا حملت على ملكهما وانما
قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى ام ولد له لان نصيبه منها
صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت فى نصيب شريكه ايضا وقال الشافعى يرجع الى قول
القافة وهى جمع القائف كالباعة فى جمع البائع وهو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء من قاف
اثره اذا اتبعه والقيافة فى بنى مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان
الولد لا يتخلق من مائين اى منهما تخليق متعذر فعلمنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بقول القائف فى اسامة رضى الله عنه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل
على عائشة رضى الله عنها واسارير وجهه تبرق من السرور فقال اما علمت ان مجززا المدلجى
مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام
بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار
ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح رحمه الله فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما
هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقى منهما اى الولد يكون للاب الباقى من الابوين الذين كانا اذا
مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحى دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان بمحضر
من الصحابة رضى الله عنهم يروم به ابرازه فى معرض المجمع عليه وقوله فى سبب الاستحقاق يعنى الملك
وقبل الدعوة وقوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف فى مالهما والحضانة والميراث
فما يقبل التجزية كالميراث يثبت على التجزية فى حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح

يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره وقوله الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يتقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله وسر به النبي عليه السلام جواب عن قوله ولكن سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة ونفاه ابو يوسف وجوزه محمد الى الثلث وقال ابو يوسف ثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلثة قريبة من اثنين وقال ابو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولده يعني يخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد وقوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركا بينهما على السواء فكذلك ههنا واذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب او لا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين الاستيلاد وجارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه لحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديق والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر تصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ان ما يحتاج اليه يتقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب فيما للولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء في ملكه وولدته منه فكانت ام ولد له وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما نذكره اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف نظر لانه قال لما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت الاستيلاد في جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين صح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد له وكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة

ما بعده فان المصنف رحمه الله اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهو انه قيل اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب كسبه فان الكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في برقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوى الا ان لمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله تعالى اعلم

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت التي تبتني على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فوائه وانما قيد بقوله فيما يجب البر لان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما سيجيء والايمان على ثلثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مؤاخذة او لا فان كانت فاما ان يكون دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم يكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا يرى انه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس بزيد كان غموسا فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانه يغمس صاحبها في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة السرخسي يمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي عم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة استعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت

لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اى اليمين الغموس كبيرة محضة لا يناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد وان تكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا يناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالى الثانى لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وها تان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذى هو العزم على الوطى وهو مباح وعن الثانى بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشىء رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا يناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله عز وجل فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية ويرفعها عند الطرها بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اى الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة فالمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفى المؤاخذة فهذا النوع بالرجاء بقوله نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذة في اللغو بالصورة التى ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة ابن ابى اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروى عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعى فانه عنده اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضى او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس ورووا عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا انه يكون خبرا عن الماضى فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضى خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضى فكان لغوا واما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء وللقائل ان يقول في حصر الايمان على الثلثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله انى لقائم الان في حال قيامه يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره

لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هى كبيرة محضة صح

والناسى

والناسى وهو ان يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفى بعض النسخ ذكر الخاطى مكان الناسى وهو ان يريد ان يسبح مثلا فجرى على لسانه اليمين سواء حتى يجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يتقوى بها عزم الحالف على الترك او الفعل فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسى فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس قد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن امتى الخطاء والنسيان الحديث لانه محتمل ونص اليمين مفسر وقوله وان فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء وكذا من فعله مختارا سواء تركه الا انا فعل ذلك يعنى فى وجوب الكفارة على المكره والناسى وسنبينه فى الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء اى فهو ومن فعله مختارا سواء تركنا لان نحوه الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسى وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة فى ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة وللقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدار عليه وان لم يتصور المدلول فى بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب فى هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر فلا تصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون واليمين بالله اى بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن الرحيم او بصفة من صفات ذاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه واكرم دربالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليتها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده اولا والاول فى صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل ذكره استظهارا لانه لما بنى الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره وقوله الا قوله وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام

في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهي القوة حاصل فيه فانه مذكور
للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكره معتذرين عن وروده على اصلهم كما تقدم وقوله
ولان الرحمة قد يراد بها اثرها متعوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد
اثره والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان
مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالى متعارف وبعلمه
ورحمته وغضبه غير متعارف فلهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا
ادرى فكانه وجد العرب يحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين ومن حلف بغير الله
لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقران والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله
ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المصنف اما لو قال انا بريء منه
يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقران كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل
كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستدل بها الا بانه لو قال بحيوتك لافعلن كذا
واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب يجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او
نصراني قال رحمه الله والحلف بحروف القسم الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا
او مضمرا وحروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا ووجوه اضمار الحروف والنصب بعد الاضمار
عليها اختاره البصريون او الجر عليها اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث
عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية عنها والواصل المحصل لاشتغال بكتاب الهداية لا بد ان
يكون قد حصل ذلك ووراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف
ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق
الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال الله في المختار احتراز عما روى
عن ابي حنيفة رحمه الله انه لو قال لله على ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة
النذر ويحتمل معنى اليمين ولانه لتغير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا فمنع صحة القسم لان العوام
لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله قال ابو حنيفة ظاهر وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد من غير
الفرق بين الحق وحق بان المعرف اسم من اسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف
به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل
لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله
ظاهر واعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة
على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسم لا يكون موجبا من البر شيئا لمجرده لانه لم ينعقد يمينه على فعل
شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة
اسم الله وليس في اقسم مجردا هتك لاسم الله فكيف يكون هو موجبا للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل

مضارع

مضارع فكما يكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال
لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق
الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بان
الحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على
للايجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن
ههنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء ولا كذلك
قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة
اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة كذلك واذا كان
اقرارا يوجب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك اسم الله تعالى ولا الى
حمل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال على يمين او اقسم ولم يزد على
ذلك اما اذا قال اقسم لافعلن كذا او على يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد
تقدم ان اليمين عقد قوى به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت
باليمين به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال الله تعالى واقسموا بالله جهد
ايمانهم وقال الله تعالى يحلفون بالله لكم لترضوا عنهم وقال تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم
وقال تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما
جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به ايضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه
بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال
العدة واليمين بغير الله قال وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسئلة وهو قوله اقسم الى
اخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط
لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكانه
قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله
وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية
وقوله والحلف باللفظين يريد قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي
من الشرع فيكون يمينا وقوله وكذا عهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال على نذر او نذر الله ان لا افعل
كذا كان يمينا لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعلت
كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده
واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال وهذا
جواب من قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا الا انه اعتقد البراءة
عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم
وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال
هو يهودي او نصراني ان فعل فهو يمين واحدة لان في الاول لكل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط

والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء فعله
يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان
يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف على امر في
المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في الماضي وقيل
وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز
فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر
في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل
لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء
يحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن
ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا لان يوجد
النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا و
تبديلا واما الخمر والربوا فيحتملان النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ
واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقنا الا ترى انه يحل في دار الحرب
واقول في كلام المصنف لف ونشر على غير سنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر
واكل الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر وهذا
افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى اولى فاذا كان كذلك
لم يكن حرمة هذه الاشياء في حق حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق
اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الاختلاف
لان اليمين لم يشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح
وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا
وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب
ثم وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجزيه وفي رواية اخرى ان اعطى
السراويل المرأة لا يجزيه وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما يجوز به الصلوة
لان ستر العورة فرض لا يجوز الصلوة بدونه اما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل او للتدفي
فلا يواخذ عليه في الكسوة كما لم يواخذ عليه الادام في الطعام وقوله لكن ما لا يجزيه عن الكسوة
يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة
لان الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع
من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل واحد منهم اكثر
من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل
يشترط النية اولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام

او لم ينو

او لم ينو وعن ابي يوسف اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة
على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها
تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد
السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ههنا
لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض
الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيف اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين
كما يضاف في الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من
المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل
الحنث لكنه لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول
لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية
مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله
عليه وسلم من حلف عن يمين ورأى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه
معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم
عليه وهو قوله لافعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال
به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب
ان حال المسلم تقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيحصل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله
ولان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر يقتضي
سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية
في ضده اي في ضد ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قال الشافعي لان الحنث لما تأخر عن
الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال
بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر
والجابر هو الكفارة والتفويت الى جابر كلا فوات فيكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا
معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان
بغير حق يحصل المعصية بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه
ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره
او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر بالمال لان اليمين
تعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك
فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوي والخصومات ولنا انه ليس باهل
لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق
وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف في الدعاوي والخصومات

رحمه الله

فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول او لاقرار والكفر لا ينافي ذلك قال
ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا
او طعامي هذا لم يصر محرما بعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا
حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال تقليب المشروع
وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ
ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكره
او لغيرها باثبات موجب اليمين وفيه اعمال للفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان
واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه
ان استباحه حرمة تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما كان ثمة تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه
وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه لم يصر محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة
لغيره وعورض بان اليمين اما بان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله تعالى او
صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا
واجيب بتسميتها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في
تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض علينا الايمان والرأي لا يعارض
النصوص السمعية ولو قال كل حل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك
والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل
فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين
تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العينين
فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى الخصوص وهو الطعام والشراب
للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول
المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه والله
لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف
وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير
نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي ظاهره ولم يذكره ولو قال هرچه بدست
حسب كيرم بروى حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرچه بدست كيرم طلاقا كماه
قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله
علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه
الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط فعليه
الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر
مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجزه
الكفارة فكذا ههنا وعن ابي حنيفة انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول

بالتخيير

بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم
شهر او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء
بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا روي
عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه
لان الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد اراد الحالف
كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك ان في الشرط الذي
لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما معنى النذر فظاهر واما معنى اليمين
فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين القليل
والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة
فانه مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان
لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة
حرمة اسم الله بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه
وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف وهذا التفصيل هو الذي ذكرنا بين
شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية
فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع
ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده
على ان فيه ايماء الى التقصير في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اي على مقسم عليه
من فعل او ترك وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف
على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله
عنهم وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين وقوله الا انه لا بد من
الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قيل
هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدلائل
الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء
منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان تكون ملزمة
وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء
على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز الاستثناء
منفصلا وفيما ذكرناه

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين
على فعل شيء او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم
الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوها لان اول ما يحتاج اليه الانسان
الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال

من الاكل والشرب وغيره واكتب وقعت الاشارة في قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي
خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الاية والاكثر قول
عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون فيه وكان على سبيل الاستقرار
مبيتا باهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود
وقوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله تعالى سمى الكعبة
بيتا قال ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله تعالى واجيب
بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا
ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم
بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله تعالى في باب اليمين في الاكل والشرب
كذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار رحما لسدة التي فوق الباب وقول
المصنف والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه
بناء وانما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء
الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت مخصوص بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله
وقيل اذا كان الدهليز ظاهر وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار
كالشتوي والصيفي الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء وصيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات
حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي انه قال اشكلت
علي حتى دخلت الكوفة فرايت صفافهم مسقوفة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقيل الجواب
على اطلاقه يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت
اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها
اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال
دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد عفت الديار محلها فمقامها
بمنى تابد غولها فرجامها عفى يعفو لازم ومتعد وههنا لازم تابد المنزل اي اقفر والفته الوحوش
والغول والرجام موضعان تقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة
وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم الدار دار وان
زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان
الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما
فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرفته بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى
الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الشراء
للموكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني
ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة

والحضور

والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول
كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد وعالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه فهذه
معارضة واجيب عن الاول بان الدار في الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها لا يصح الا عند
بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا
صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مرادا الحكم العرفي لتعينه وفي الرجال
التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال فهذه الصفات
باسرها يمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فيمتنع الارادة اصلا كذا
في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية ورد بان البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما
فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكورة ان التقسيم
غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم اخر عليه ومن ضرورة
حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله
بعد انهدام الحمام ظاهر قال رحمه الله وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء
لم يحنث لزوال اسم البيت عنه فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء
الاسم قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية اي بيوت منهدمة السقوف ولانه لا يبات فيه فكان
السقف وصفا فيه وكذا اذا بنى بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه صار بيتا
بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه
فلا يحنث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها [illegible]
حنث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها
الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ويكره للجنب والحائض الوقوف
عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء
وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان
الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا
دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا وقال المصنف ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر
وقوله وجه الاستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء ولكن فيما له دوام
والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال يدل
الانفصال او لانه حركة ابنية سمى نقلة وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقوله
زفر قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا
يقبله والفاصل بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاول

على المحتمل بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اى فلا
تقعد قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما
ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها وان مكثت
مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط
ونوقض بما لو قال لله على ان اتصدق بدرهم فركبت دابة فعليه درهم وان طال
مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يحتمل
بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا وهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت
اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال يعني
المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلته يوما وخرجت يوما ولكن لا يعني به المدة
والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه وسماه محتملا لان كلامه
قوله لا اركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء
من محتملاته وقوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار حنث وهو متاهل بدليل قوله فخرج بمتاعه
واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متاهلا بل ممن يتولى غيره فخرج بنفسه لم يحنث
والمتاهل اذا حلف فاما اذا حلف على الدار او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل
اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر اخر على ما يروى عن ابي يوسف وان كان الثالث
فقد اختلف المشايخ فيه جعلها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف
ليس الا ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكره في الكتاب واعترض على قول ابي يوسف بان سكناه
كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء
البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي
ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى يبر وقالوا انه فيما لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او
او بمنع ذي سلطان او بعدم موضع اخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا
لزفر وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع
بنفسه ولم يجد اجرا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونقض
بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد الفضل رحمه الله ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته
طالق فقيد ومنع من الخروج حنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة
منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث
للسكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع
المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل
الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا ودليل الاول ما ذكره في
الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة
كذا هذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يرجع الى خراسان

فمر بالكوفة فانه يصلي بها اربع ركعات لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان
يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة
قائم ما لم يتخذ وطنا اخر فكذا هذا وفي بعض الكتب وحيلة قوله قالوا لا يبر يعني اذا لم يكن في طلب منزل
اخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه
طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب
فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج وقوله ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك
الحكم في الدار والبيت وقوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد
منه الفعل لا حقيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره فخرج بنفسه خوفا من المكره فيحنث لوجود الفعل منه ثم
هل ينحل اليمين اذا حمل مكرها قيل ينحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت الريح والقته فيها لم يحنث
وانحل اليمين وقيل لا ينحل وهو الصحيح وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه
يحنث اذا كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقوله والمضي بعد ذلك ليس
بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد وقوله ومن حلف لا يخرج
الى مكة ههنا ثلثة الفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال لمجاوزة
عمران مصره قاصدا الى مكة دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله واراد
به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قصد
او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير ابن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى
فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم
الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف
وهو الصحيح لانه عبارة عن الزوال وقوله ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة
الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والالات
قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع عرض يترتب عليها الفعل عند الارادة
جازمة يخلقها الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت
هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه بالمستطاع
القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اى اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا
لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف
وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن
لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا
تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه
اى ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل

كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى البناء ولو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر
في الكتاب فاعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن
لازما واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه
ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان
ليس موضوعا للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن
حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف
ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده **قال** ولو ارادت المرأة الخروج صورة
المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت
فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج فلان من
فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره باستنباطه وكان الناس قبله يقولون
اليمين نوعين مؤبدة ومؤقتة لفظا ثم استنبط بوجه هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا
والمؤقت معنى وقد اخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا
ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ
منعها عن الخرجة التي تهيأت لها لا عن الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة
وانتهت اليمين فلم يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو
اراد الرجل ضرب عبده فقال الآخر ان ضربته فعبدي حر تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال
له رجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل
مبتدأ لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا تخرجه عن كونه
جوابا للسؤال الاترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب اخرى
في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقال عصا ولم يخرجه عن كونه
جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في هذا
السؤال اشتبه على موسى عليه السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا
على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا
انما يسأل بها عن وصف العقلاء والضعفاء لم نكن عاقلا وسلمناه ولكنها لا تحتمل المستندة الى موسى
عليه السلام لا تكون اوصافا ولئن كانت لا تكون اوصافا للعصا والاقول الزيادة على حرف الجواب لا تخرجه
عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثم معرف يعكس صرفه عليه اعمالا للزيادة كما في
المسئلة وليس في الآية الكريمة فلم تصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدأ قوله ومن حلف
لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب في الارض من الحيوان اي يتحرك شيئا على وجه الارض
وفي الاستعمال وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب بها بعض ما يركب منها مركوبا
كالفرس والبغل والبعير والحمار والجاموس والبقر والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد
اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال

والحمير

والحمير لتركبوها ذكر منفعة الركوب في هذه الانواع الثلثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة
الاكل بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم
منه احد انه ركب البقر او الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون
على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرفت هذا فمن حلف لا يركب دابة
فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم ينو فاما
اذا نوى ركوب دابة العبد المديون فيحنث الا اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى
لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي حنيفة حتى لو اعتق عبدا من عبيده لا
يعتق ويلحق بما ذكرنا المستثنى في قوله الا اذا كان عليه دين وهو المقدار الذي اظهرناه
وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه
يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم
من باع عبدا وله مال فماله للمولى فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو
يوسف يحنث في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق او دين
مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه
يضاف الى العبد فيختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد
يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للمولى اذ الدين لا يمنع وقوع الملك عنده

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن
ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الى الجوف الانسان
لا يخلو عن اربعة اوجه مأكول ومشروب وممصوص وملحوق فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ
حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك
فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص
هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم
يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملحوق هو ما يتناول بالاصبع والشفاه اذا عرف
هذا رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم تكن فاليمين
تقع على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت
يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانها اي النخلة سبب له اي لما يخرج منه
وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شايع ولكن اشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان
ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ
وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب
كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ولو حلف لا يأكل من هذا البسر ظاهر وكلامه
يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين تقيدت
اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا يأكل من هذا البسر

او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو
الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فانه قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبي مظنة الشفقة والشاب شعبة
من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا
يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي
ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارهما لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم
يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات
وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجرانه
المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم الخمر واجيب بان الكلام في
ان الحقيقة يجوز ان تترك بمهجوراته الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على
الصلاح واما ان اليمين فتنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه قوله ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل
ظاهر قوله ومن حلف لا ياكل بسرا هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا
مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة
وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا ياكل
رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم ولو حلف لا ياكل
بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر حنث في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل
بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشرح الجامع الصغير
قول محمد مع ابي حنيفة رح فانه يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما
ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا واكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر
فلا يحنث كذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث
وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب
فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا يرى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق
فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب
فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف الى الجواب عنه بقوله ولان الاكل
مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن لما صب فيه الماء شائع ذائع في جميع اجزاء اللبن
فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب قوله بخلاف الشراء
جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر قوله ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك
لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته
ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في
السمك ضعيف وقال المصنف رح لا دم فيه جعله عين المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى
اللحم فيه قاصرا فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان

حنث

وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر صح

حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تنعقد للمنع عن الحرام واعترض بان الكفارة فيها
معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض
فكيف تعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين تنقضت
بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك اشار اليه بقوله
واليمين تنعقد للمنع عن الحرام قوله وكذا اذا اكل كبدا ظاهر قوله ومن حلف لا ياكل من هذه
الحنطة لم يحنث حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة
في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول
ابي حنيفة رح كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام رح في ايمان الاصل وهذه
المسئلة على وجوه احدها ان ينوي ان لا ياكل حبا كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث
بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها
لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده
اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه ولو حلف لا ياكل من هذا
الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار
الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو
الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف
وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق ماكول والصحيح انه لا يحنث لان هذه
حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية
ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول الحقيقة الوطء
قوله ولو حلف لا ياكل خبزا على ما ذكره ظاهر قوله بطبرستان هي آمل ولانيها وقيل اصلها تبرستان
لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان قوله ومن حلف لا ياكل الشوا
ظاهر قوله وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد
ذلك فينصرف الى خاص وهو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء وقال المراقية بقوله بالماء لان القلية
اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها قوله ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في
التنانير اي يطم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله
فيه ويباع في المصر لان راس الجراد راس حقيقة وليس بمراد فينصرف الى المجاز المتعارف
وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير
لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما واجيب بان حاصله الفرق
بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز
المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه فكانت
الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة اذا لم يكن متعذرة

فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة
قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شيء من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس
كذلك فان سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فان الرأس يشترى بجميع اجزائه فلم يكن الحقيقة
متعذرة واجيب بان من الرؤوس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمي
فكانت متعذرة واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث
وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث في العنب والرطب
والرمان ايضا يعني لا في القثاء والخيار فكانت المسألة على ثلثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق
وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس
وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا
فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلام ظاهر الرواية كذا في الكافي فقوله زيادة على
المعتاد اي على الغذاء الاصلي حتى تسمى الثمار فاكهة والمزاح فكاهة لوجود زيادة التنعم فيها
وقوله والرطب واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه رطبه ويابسه ويابس هذه
الاشياء لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك وقوله لانهما من البقول بيعا فان بايع البقول
هو الذي يبيعها لا غير واما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل وقوله
ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا كان
اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب والتوابل جمع التابل بفتح
الباء وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة على زيادة معنى
ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم قوله ومن حلف لا يأتدم
وكل شيء اصطبغ به فهو ادام اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو
افتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف
لا يأتدم اي لا ياكل اداما فكل شيء اصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد
والملح ادام والشواء ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد رحمه الله
ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رح وحاصل ذلك على ثلثة اوجه ما يصطبغ
به الخبز فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر واشباهها مما يؤكل غالبا وحده ليس بادام
بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد رح اداما خلافا لهما والمحاذاة الادام
من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما
يؤكل تبعا للعرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقية وذلك في الاختلاط ليكون قائما به وحكمية
وهي ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا
حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني
ولكن المراد تمام المؤادمة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يؤكل في هذه الاشياء الا ان ينويه لما فيه من
التشديد بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده

ويذوب

ويذوب فيتبع فكان اداما قوله والعنب والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا قوله
هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف قوله
واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية يتعلق تنوع في العبارة
ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة
الاسم اكله وقوله ولهذا سمي الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث ذكر في الايضاح في باب
الملتبس على الغداء فقال فانه ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلوتي العشاء يعني
يريد به الراوي الظهر او العصر وقوله ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز
وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه
لانه غداء في البادية وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف
وهو الصحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت قوله ومن قال ان لبست
او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما
تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ فلا تصح
نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ نصا لكن ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب
بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل
الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره
بعض المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة
اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال
ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا وبينه
وبين ما اذا حلف ان لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المساكنة
غير مذكورة لفظا حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة
الاربعة ابو الهيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم الله ولئن سلم فقوله ان
خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه
فيتناولا بعمومهما عدة من الخروج والمساكنة فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضاء قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا
اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب
منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه اكارعها والكراع مستدق
الساق وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة
اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم
من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان
الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل
عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نم ان الحنث

فى الكوز باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما فى قوله لا يضع
قدمه فى دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم فى عموم المجاز
كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل
الدليل على كونها مستعملة فلا يصار اليه وقوله ولو حلف لا يشرب من دجلة ظاهر قال
ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث
عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحنث فى ذلك كله اى فيما اذا لم يكن فيه
الماء علم عدم الماء فى الكوز او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابى
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحنث فى ذلك كله اى فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر
من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور فى صورة الاراقة لان
اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب فى هذه الصورة
فى اخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز شرعا
فى ذلك الزمان قال ولو كان اليمين مطلقة اى عن ذكر اليوم ففى الوجه الاول يعنى فيما اذا
لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ان يكون فيه
ماء فاهريق يحنث فى قولهم جميعا فابو يوسف لم يفرق فى الوجه الاول وهو الذى لم يكن فى الكوز
ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى الموقت
يتوقف حنثه الى اخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ان ذكر التاقيت للتوسعة فلا
يجب الفعل الا فى اخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يتعين موقتة
بوقت محدد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين
اخره وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض الشروح وقال فى النهاية
فابو يوسف لم يفرق بين المطلق والموقت اى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا كان فى الكوز ماء
فاهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت
لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى اخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعنى فى هذا الوجه
على ما ذكر فى الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف
واشار بقوله كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك
لبقائها قال رحمه الله ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكر ظاهر واعترض بان تصور البر
لو كان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضى
وقد فعلها لسليمان عليه السلام واجيب بان تصور البر فى الغموس بان يجعل الفعل الذى لم يوجد
موجودا منه وهو مستحيل وقوله واذا كان متصورا ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب الفعل
معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا يرى ان
ان الصوم واجب على الشيخ الفانى ولم يكن له قدرة لكان التصور والخلف فكذلك ههنا حنث
عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هنا لك عقيب وجوب الصوم

باب اليمين فى الكلام لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل
والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع فى بيان الفصل الجامع الذى يستتبع الابواب المتفرقة
وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلوة والصوم
من انواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو
بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن
اسماع الكلام كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن
لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن
به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه
واضح وقوله لتغافله اى لغفلته وقوله وفى بعض روايات المبسوط يريد ما روى فى
رواية فناداه وايقظه يحنث فى عينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ
للحنث وذكر فى بعض الروايات فناداه وايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه يحنث لو كان
يقظان يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر انه لا يحنث
واليه اشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكر فى الكافى قوله ولو حلف لا يكلمه الا باذنه
ظاهر وقوله وانه يتم بالاذن كالرضى يعنى انه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف
عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضى يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم
بالاذن قلنا الرضى من اعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الاذن على ما مر انه اما من الاذان
الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد واعترض بانه
لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم
يكن الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن واجيب بان الاذن هنا فك الحجر فى حق العبد لان العبد
يتصرف باهلية نفسه وما لكيته فيثبت بمجرد الاذن واما فى اليمين فلما حرم كلامه باليمين
الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو
مبنى على تخصيص العلة وامره واضح عند الاصولى قال رحمه الله وان حلف لا يكلمه
شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان ما يلى اليمين صالح لحلفه البر كما اتى
جزء كان من اجزاء الليل والنهار وما كان كذلك وقد وقع النكرة فى سياق النفى كان
اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ الذى يتحقق فى
الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين لان الشهر
نكرة فى سياق الاثبات ولما ان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح
ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وقوله ولو
حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات حلف
الا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاول لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث
والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء

فى قول الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالى لاقينا الجذام وحميرا مرادا به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما فى الشعر بلفظ الجمع وذكر احاد العدد دون عبارة الجمع يقتضى دخول ما زاد من العدد الاخر وذلك اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة تعتبر الكلام بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره وهو مما لا يمتد وان قرن بما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه فى التقرير فان عنى فى قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق فى القضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودى للصلوة من يوم الجمعة والمراد بياض النهار وقوله لانه غاية اما فى كلمة حتى فظاهر واما فى الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات فلان يعنى الذى استثنى اليه القدوم او الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة للحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم او الاذن فى حيوته القائمة لا المعادة بعد موته وهى غير المعتادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لا تقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة

قال رحمه الله ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافى فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه فى اضافة الملك بالاتفاق وكذا فى اضافة النسبة عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلم لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته او عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله فى الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه لاستغنائه عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينها اى بعين كل واحد منهما كما فى الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ووجه ما ذكر ههنا يعنى عدم الحنث وهو قول ابى حنيفة وهو رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد فى الزيادات وقول ابى حنيفة فى الجامع الصغير ولم يذكر لابى يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابى يوسف مثل قول ابى حنيفة انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانهما اى كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق فى قول ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد حنث فى العبد ايضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف بلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه وتقريره لا نسلم ان الاضافة

للتعريف

للتعريف بل لبيان ان الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذه الاعيان اى الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعى اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اى لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعنى اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز ان تهجر لذاتها لشومها كما جاء فى الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يتأيد بعرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة فى الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة فى الحاضر لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعنى فى اول باب اليمين فى الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفته داعية الى اليمين

فصل لما كان المسائل المذكورة فى هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او الحين والزمان ولا نية له على شىء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتى اكلها كل حين اى كل ستة اشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ومعناه انه ينتفع بها فى كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه اذا لم يكن له نية وقوله وهذا اى الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين فى الامتناع عن الكلام اليسير فى ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا فى العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت عنه تأبد اليمين فحيث ذكر لابد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون للذكر فائدة فتعين الاوسط وقوله وكذا الزمان ظاهر وقوله وكذلك الدهر عند ابى يوسف ومحمد يعنى يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سواء وقال ابو حنيفة الدهر لا ادرى ما هو وهذا الاختلاف فى المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابى يوسف عن ابى حنيفة انه قال لا فرق على قول ابى حنيفة انه قال لا فرق على قول ابى حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف فى المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذى ذكره المصنف بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين فى المنكر ما ذكره فى الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر فى الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما ما تقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا فى دهر منكر بثلاثة

منها وكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف يحكم في الجمع وتوقف في
المفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر وكانه قال من وقف على
معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك
في المزارعة وبيانه اختلاف الاستعمال فيه ان معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال
دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال صلى الله عليه
وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف
في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله ومن حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام
هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما
في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير
ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على
عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع
ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف
ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما
كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء
حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان
كان ثم معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام
الاسبوع وكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا
ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله لانه لا يدور عليها قيل اي
لان الشهور تدور على اثني عشر وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه ولكن اول بالمذكور في الاول
وبالافراد في الثاني وقوله ومن قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية يعني مثل
ان يقول اكر خدمت كني مرا روزهاي بسيار تو ازادي اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان
في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظة روز فلهذا قال ابو حنيفة في العربية منتهاه لفظ
الجمع الى العشرة فلذلك اريد في العربية اكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام
بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ المفرد بالفارسية
اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي
ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون
العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة
وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل والله اعلم **باب اليمين**
في العتق والطلاق قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامهما اهم ومن
ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك لو قال ذلك لامته وعلق الحرية
عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر

ولذلك

وكذلك عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم
بعده نفاس والامة ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال لها اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت
ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد
تحقق بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الحاضر لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية
انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد
ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد
مقيد بوصف الحياة يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة
دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا
حيا ولم يوصل بحلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما
عن حياة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال
اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا
لنفسه لم يعتق مع انه جعل شراء العبد شرط الحرية وعبد الغير ليس محلا للحرية على المشتري
لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام وللحاجة الى اضمار الملك لتصحيح ليست
كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون الحياة لا تتصور اصلا وفي ملك الغير تتصور
موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه
وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى
عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع ان معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان
واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضي في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق
الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي وامرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا
كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا
على ما افاده لفظ اول فكان حكمه حكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه
غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر الى آخره وقوله
ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل
حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهي لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره
يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه
لما اشترى الثاني بعد الاول تثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية ان تزول بشراء غيره
فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من
ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز ان ينقطع الدم
فيما دون ثلاثة ايام فان استمر بها الدم ثلاثة ايام عتقت من حين رأت لانه تبين ان ما رأت كان
حيضا حين رأت الدم وهذا اشار الامام السرخسي ذكره في النهاية وفيه تسامح لانه ما ذكر في
الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان

عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات
الثلاث بدا اي بوصفها لا ضدية كما اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة
ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى يستحق الميراث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى
وقت التزوج فلا يستحقه وفائدة التقييد بالثلاث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان يكون
الزوج فارا وترث المرأة عندهما قال رحمه الله ومن قال كل عبد بشرني بولادة
فلانة البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف يستعمل
فيما يسر وينفي الحزن ويتحقق من واحد واكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره
ثلثة فان اخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم
وان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت وتعضده ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن
غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر للبشارة فسبق ابو بكر
عمر بها وكان ابن مسعود اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت
فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجز لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة
التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند
الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون معتبرا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزأه
عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي
وهو قول ابي حنيفة الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند العلة والشراء شرط
العتق لا علته وانما العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا
لا علة لان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان
بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن
يجزئ ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله
جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب
عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وان لطف
فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في
كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك الفعل لا بغيره
وفيه بحث وهو ان شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب اولا فان اثبته لا يزيله لان
المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء
القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء
ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد
استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء ونفسه مثبوتا ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت الملك
في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقاء وهذا لان العتق لا يقع

الا في الملك

الا في الملك فلو لم نقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها عتقت لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان
حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه والجواب باليمين ما يستحق حريتها
من كل وجه ولقائل ان يقول القريب يستحق العتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد
فما بالها لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد
فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشراء فلم تقع
عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته
سوى الشراء فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه قوله بخلاف ما اذا
قال لقنة ظاهر قال رحمه الله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت
اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان يستره وانما
ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال
للتمييز والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطيها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا
كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة
فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في
حقها لمصادفتها الملك وكل ما انعقدت في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله
وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا
لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان
طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء
اجيب بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون
مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وساير الافعال المؤذية
مفهوما من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل
فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري
بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية
وبعض الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بجامع
كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي الى ان الدلالة
قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك واقول لعل هذا اللفظ
يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا او نقول لعل هذا الحكم
اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه ولنا ان الملك يصير
مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدرها سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة
صحة التسري لكونه شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية

لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله في مسئلة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال
لاجنبية وتقريره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة
صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعداه الى صحة الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا
فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة
الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء واما وزان مسئلة زفر فهو ان يقول ان تسريت جارية فعبدي حر
فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بالشرط سيوجد
ومن قال كل مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في
هؤلاء يعني ان كل واحد من هؤلاء في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة
ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون ولو قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة
اما تصديقه ديانة فلانه خص لفظ المملوك وضع للذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط
يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء
على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان
ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي
المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد
من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكر في الكتاب ظاهر وقوله
فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف
كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم
يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم الاخرين
لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق او هاتان فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق
والعتاق ان شاء اوقع على الاول وان شاء اوقع على الاخريين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية
ابن سماعة عن محمد واما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية
في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث معطوف على الثاني
الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول احدهما نكرة
الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فيتناول
احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احدكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما
قلنا اما في مسئلة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا
فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كانه قال ولا هذين ولو
نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الايمان كثيرة الوقوع
بالنسبة الى ما بعدها اما الى ما بعد الباب فكذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط فهذه التصرفات

فيما يحنث

فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف
لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل ترجع فيه الحقوق الى الآمر ووقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل
فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك
يحنث وقيل كل ما يستغني المأمور في مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور
وان كان لا يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى
من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما جاء
اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من
رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور النكاح والصلح
عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح
والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما
يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المأمور واما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور فهو البيع
والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من الحق الخصومة
بهذا القسم وما عداه هذا ظاهر معنى كلامه الا الفاظا ننبه عليها قوله الا ان ينوي استثناء
متصل بقوله فهو كل من فعل ذلك لم يحنث اي الا ان ينوي ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث وقوله
او يكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشر المأمور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده
ومعتاده الامر بالفعل فلما امر غيره وفعل المأمور حنث ومع ذلك لو فعل بنفسه حنث ايضا لوجود
اليمين حقيقة وقوله لان المالك له ولاية ضرب عبده يحتاج الى انه لو حلف على ضرب حر فامر غيره
بذلك فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره فيه وقوله ووجه الفرق هو الفرق المذكور
بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى المخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه
تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان في ذلك تخفيف عليه
لان الكلام ينصرف الى الحقيقة بغير نية فاذا وجدت النية كان الصرف اليها اولى وقوله لان منفعة ضرب
الولد عائدة اليه اي الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التأدب والتثقف وقوله ومن
قال ان بعت لك هذا الثوب على ما ذكر في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل
بضمير عقيب فعل متصل فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين
فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط
حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان
تأخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله
او لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين اي في التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعله سواء
كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر
وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس خفي
والمراد بالغلام اما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضيخان واما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية

وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه
حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجّه الاول بان
المراد بالوكالة والنيابة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل
وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسئلة المذكورة بان محمدا لم يذكرها وهو
مخالف لما ذكره المصنف وتخطئة له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المامور ومع ذلك جعله مما
يحتمل النيابة **قال** رحمه الله ومن قال ان هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار
لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك قائم فيه لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق
فينزل الجزاء فقيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا
علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان
جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لان الرق والانسانية تتنافيان فاذا كان
النكاح فاسدا اعتضد فساده بمخالفة الدليل فترجح جانب العدم فصار كانه لم يكن بخلاف
البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان
اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو
الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما
وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار
الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ
الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التاخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق
بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب
بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة
الخيار وطولب ههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه قد
اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه
بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة لم وفرق بين الاولين بان
الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين
الثانيتين بان شراء القريب لم يوجد فيه كلام الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق
عليه ما لم يسقط واما في الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط
الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار ليفيد ان البيع
اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع
زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال
ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق
وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما في التدبير والامة فلا بد
من بيانه لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى بعد

الحاق بدار الحرب وذلك لان الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه ينفسخ
التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير
وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا
تفوت المحلية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز
فالظاهر ان المسلم لا يقدم على بيعه فان اقدم فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع
ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر
من كل وجه فلا يكون معتبرا واما الامة فان من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم
بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا
الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله ولو قالت المرأة لزوجها ظاهر وقوله
لانه زاد على حرف الجواب اي اصله لانه لو اراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر
كلمة كل دل ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدأ وقوله وقد
يكون غرضه ايحاشها جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها والله اعلم **باب اليمين في الحج
والصلاة والصوم** قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان فيه ذكر العبادات
وذكرها مقدم على غيرها واما تأخره عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة
اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك وفي وجه اختلفوا
فيه اما الوجه الاول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر
او الى بكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة يحظا
وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار
العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا
وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح
اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح
ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان ماشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا اللفظ
شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي امر مباح وليس مقصودة في الاصل يعني لذاته
لان المقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر
والعرف اما الاثر فما قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب انه قال فيمن جعل على نفسه الحج
ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه
لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال
اخوه روي عن علي انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى
شيخي في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم
ان تحرم بحجة او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا
اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب اراق دما فله ذلك

على ما ذكره في المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا اللفظ بطريق من باب ذكر السبب وارادة
المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فان قيل فاذا كان هذا
اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه
حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه
وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان للحج ماشيا فضيلة
ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم
قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة
ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او العمرة ماشيا لا ان الحقيقة
مرادة باللفظ ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال على الخروج او الذهاب او السعي
او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر
والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال على المشي الى الحرم او الى المسجد
الحرام قال ابو حنيفة لا شيء عليه كما لو قال على المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه
حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة
لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه مجازا ولا
يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ظاهر وقوله
لكن لا تمييز بين نفي ونفي تيسيرا نوقض عليه بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه
يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى
جازت هذه الشهادة وان قامت على نفي شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضيخان ان هذه
الشهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال
الامام الحلواني في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة
قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا
ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج وقوله ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به
الصوم التام المعتبر شرعا ورد عليه ما لو قال والله لا اصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب
او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان
الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس
الصوم الشرعي وهي كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه
بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنع عن الصوم الشرعي فينصرف اليه وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر
وقوله لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة
لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة و
تمامها شرعا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا لا

اعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين
في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منه واما لان اليمين به مشروع
وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي
صدقة انصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعنى وهو المراد يعني فصار كانه قال
من قطني او من قطن ساملكه وذلك سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما
غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج
وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك
الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملك الزوج ما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون
مملوكا وقت الحلف او لم يكن وقوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما تتحلى به
النساء من ذهب وفضة وجوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة
ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال
ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم لا للزينة لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا
فكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فصة او لم يكن
قيل الخواتيم ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المفصصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث
بلبسهما والفضة الغير المفصصة ولا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ ظاهر
والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله حتى سمي
في القرآن اي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون
فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا وجعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون وقوله
ومن حلف لا ينام على فراش يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر
فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته لحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراشه
وقوله لانه تبع لمثله يعتبر حائلا ويشير الى انه لو نزع ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه
لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله ولو حلف
لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم والله اعلم

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

يريد بالغير
الغسل والكسوة وقد تقدم وجه ذكر المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك فعبدي
حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت
لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر ايوب
عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة
الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن الجمع على الايلام فكيف لاجزائه واجيب بانه جاز ان يكون
هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم
جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجل الضغث ايلام على ما ذكرنا
نسبي الضغث وروي عن ابن عباس ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر مجازا ويبسها

لم اجزائها فكان حكم باقيا في شرعيتنا ايضا وتمام الكلام فيه في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي
ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة اي وصل اليه كل سوط بخياله بر في
عينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله ومن يجوز في القبر جواب عما يقال
قولكم الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول ابي
الحسين الصالحي فان الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحيوة لتعذيب الميت وقوله ولا لام
الكسوة يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله لانه يراد به اي بالكسوة
على تاويل الاكتساء التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق لانه
ينوي به اي بالكسوة الستر تحنيثه يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله وقيل بالفارسية ينصرف الى
اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه ابي الليث ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يكسوه فلانا فالبسه وهو
ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول
يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود
من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل
فقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد
ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله ويتحقق
ذلك يعني التطهير في الميت الا يرى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا يجوز وان كان مغسولا
جاز قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مولم يتصل بالبدن
وقد تحقق الايلام في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها والمحال لانه يسمى في
العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فكذا ظاهر
وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال
ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة
في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود
في الكوز والله تعالى وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء
الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود والحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان
لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه
وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادة منسوبة الى العادة كالارادة منسوبة الى الارادة فان تاء
التانيث تحذف في النسبة **باب اليمين في تقاضي الدراهم** لما كانت الدراهم من الوسائل في
المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب
الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض
فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه
على التقاضي على ما صرح بذكره عند راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها
العيب لا يعدم الجنس وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال رحمه الله ومن حلف ليقضين

دينه

دينه تقاضيا الى اجل فالحلف فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال
الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا
وان زاد في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة
او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده
التجار وسياتي في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض
المستحقة صحيح الا يرى انه لو اشترى بها شيئا فاجازها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح
قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برد ما يرد بها قضى من الزيوف و
النبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم تقبل الفسخ و
الانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا او نبهرجة او استحقاقه
لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض بعيب او استحقاق لان
مبناه المقاصة وقد زالت وقوله وان وجدها رصاصا ظاهر وقوله لان قضاء الدين طريقه
المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التمليك
ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع
لان ثمن العبد اخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة
لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين وصف في
الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها وقوله فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب
عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه
ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ما له من الدين عليه
متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا
فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها له اي ان وهب الدائن دينه للمديون لم يبر الحالف لعدم
المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب
الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة
ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما موجب في بطلان اليمين كما
في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين
وهو فاسد بعينه لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع
احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل
المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما فان النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين
بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى
دينه فقال اقضيها منجما فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى
يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض
الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ما له عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فانا

وجد احدهما دون الاخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله فان قبض دينه فى وزن نبهرجا ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا املك الا ذلك المقدار فلم يصدقه فقال ان كان لك الا مائة درهم فامرأته طالق وهو لم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره فى الكتاب وقوله ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها يعنى فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث **مسائل متفرقة** اى هذه المسائل التى اذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكرها شذ من الابواب فى اواخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشئ او تركه لا تخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم وشهر او مطلقة فان كان الثانى وهو المذكور فى الكتاب فان كان على الترك تركه ابدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على اى وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدر اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة فى سياق النفى تعم فتوجب عموم الامتناع وفى الاثبات تخص فان فعله فى صورة النفى مرة حنث وان فعله فى صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره فى الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضى الوقت وان وقع اليأس بموته او بفوت المحل لان الوقت مانع من الاخلال اذ لو انحل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فايدة واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر اى مفسد خبيث من الدعارة وهى الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزمه الاعلام حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالى او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اى من الاعلام دفع شره اى شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالى اذا زجره وادبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت فى قصده او نيته وهذا المقصود انما يفيد فايدته اذا كان الوالى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن ابى يوسف انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مفيد فى الجملة وقوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر على ما ذكره فى الكتاب واضح واختلف اصحابنا فى ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال يثبت الا انه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان لما يساقه رايحة طيبة كما لورقه مصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت فى اللغة على ان نفيه فى اللغة يتوقف على الاستقراء التام فى اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل فى الضابط بين الورد والريحان ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له وورقه

رايحة

رايحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رايحة مستلذة فهو ورد ولو حلف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبتنى عليه اى على البيع وهذا فى عرف اهل الكوفة وقيل فى عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اى الورد حقيقة فيه اى فى ورق الورد والعرف مقرر له اى لوقوع اليمين على الحقيقة يعنى ان اسم الورد على الورق حقيقة وفى العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفى البنفسج قاض عليه اى غالب راجح يعنى ان اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعى لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا فى اسم البنفسج على حقيقته والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدايرة بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع فى العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فنسب كل منها ما اضيف اليه من الزنا حد القذف وغيرها واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلى من شرعه وهو الحكم فقد ذكره فى الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب والاتلاف الاعراض وكلام يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اصلى يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير اصلى وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يحصل زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع فى حق الكافر الذمى ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه **قال** رحمه الله الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا يكنى ابا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره فى الشرع قضاء المكلف شهوته فى قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لان شبهة الاشتباه وتمكين المرأة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبى والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطى امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطى جارية ابنه او مكاتبه او عبده المأذون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطى الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق فى الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر فى ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضى لانه ليس بحجة فى هذا الباب وكذا سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله معرة ومضرة المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسرى الى باطنه

من لحوق العار بانتسابها الى الزنا وقوله فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله
ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احتراز عمن يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا
لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد
كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى
احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب
اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله وقال
من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا
فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت
الاشاعة امرا ملوما واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط في
الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنى احترازا عنه في المكان ومتى زنى
احترازا عنه في الزمان وعن المزنية احترازا عنه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال
عن هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سال ماعزا
عن الحال ذكر الحال والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والباقي كناية واما العقل
فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية
الزنا ولا كيفيته موجودة او زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من الزمان
وذلك يسقط الحد او كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن
فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها بيانا
لماهيته والمزني بها كالميل في المكحلة في بيان كيفيته وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر
والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للاسقاط لان النبي صلى الله عليه
وسلم امر بذلك قال ادرءوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية ما ياتي في الشهادات
ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا
يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا
فيما بني على الدرء فان قيل لا احتياط في الحبس ظاهرا اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط
بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
والفرق بينه وبين الديون سياتي ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والاقرار ان
يقر العاقل البالغ صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبارا بسائر الحقوق يعني
في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف
زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس
كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فنظر فيه فاعرض
عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك

فاعرض

فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه
وسلم الان اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الا ان يكون
بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا
لا فسال عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن ابي بريدة قال كنا نتحدث في اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله
صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث
ماعز ما اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد
الى ان يتم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره
واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقرار
مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يوجب الحد من
بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطء واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة
لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة
وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله
فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله
بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال ابك خبل ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل
التوبة والخوف من الله لا دليل الجنون واما قال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يدرا
به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد بسببه وكما
قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر قال لماعز لما اقر ثلاثا ان
اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل
معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة
فيه اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق
فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما
روينا من انه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس ولان للاتحاد
اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار الا ترى
الى ما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك
ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه فيدفع الحد وفي بعض
النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف
بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر وقوله لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار دليله اي التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في
الاقرار كما ياتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد
لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما

لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلون الرجوع بعد
الثبوت بالاقرار وقوله فتتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين
للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها
او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك قبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين
للرجوع الا انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح
وقوله وعلى هذا اجماع الصحابة اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج الى
ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث
ماعز مشهور تلقته الائمة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز وقوله فان
امتنع الشهود قال في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم
او عمي بعضهم او اخرس او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد
واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا
في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بقيد الجنون
الى آخره وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا واذا سقط بامتناع احدهم هل يحد الشهود
اولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع بعضهم من
مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتامل والغامدية امراة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد
تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وقوله الا انها تنسخ في حق المحصن بيانه ان قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا الاية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن باية اخرى نسخت
تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس ان عمر بن الخطاب خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه
وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل
ما نجد اية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها عز وجل فالرجم حق على
من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف
وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة
اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة
الصحابة ولم ينكر عليه احد وكانت هذه الاية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في
غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله وقوله بسوط
لا ثمرة له قال في الصحاح ثمرة السياط عقد اطرافها ومنه يامر الامام بضرب بسوط
لا ثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك يصير الضرب به
ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبتان

اربعين

اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في الكتب والمبرح مأخوذ
من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير
جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين
الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع هنا مع افراد
قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق
رأسه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض
اي كان يدعو الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجزهم على الضرب
قائما فلا باس حينئذ ان يشدوا بسارية ونحوها قال نصف الحد وان كان
عبدا او امة اي ان كان من زنى عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين
بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها
العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان يدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق
التبعية وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب الشغل فيهن ودعوتهن
اليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الاية الجلد
دون الرجم لانه لا ينتصف وقوله لان الجناية عند توافر النعم افحش اصله قوله تعالى يا نساء
النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعني
من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا والثندوة
بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل
او لحم الثديين والهمدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب
وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله والربط والامساك
غير مشروع يعني الا ان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة
وذكر منها الحدود رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم والثلاثة
الباقية الصدقات والجمعات والفيء وقوله ولان الحد حق الله تعالى حق الله مشروع
يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتقييد ليتناول ما لنا وما علينا وقوله على الاطلاق
لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها
حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنى باباحة المرأة
ولا باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم انما قيد الاحصان
بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى احصان الرجم
مشروط بسبع شرائط ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل
بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرون فقد قالوا شرائط الاحصان
على الخصوص منها شيئان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا الشرط الثاني
مركب من ثلاثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما

واما الحرية فشرط لتكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتأخرين
فجعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية
بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظها يستدعي اغلظ
العقوبات وهذه الاشياء من جلائل النعم فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات
وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرائط على هذا العدد
لان الرجم بالزنا قد شرع عند اجتماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب
وان كانت من جلائل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأي
متعذر وقوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط بتضمينه لها مدخلا في
الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح
الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس بعبد ولا أمة اصلا والنكاح الصحيح ممكن من الوطء
الحلال لا محالة والدخول به مشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد
الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقائل ان يقول
في العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر
لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مردع عن الحوق في
معرة الزنا وعارها فكان الواجب ان يكون من شرائطه والجواب ان المسلم الناشئ فيما
علي عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا يكون
معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على وصف الاحصان عند الدخول فسنذكره وان الشافعي
يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية مستدلين بما روي مسندا الى
الى ابن عمر رضي الله عنه ان اليهود جاءوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامرأة
زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدونه في التوراة في شأن الزنا قالوا نفضحهم
ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم
يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها
فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما
قلنا ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه ان من
اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل
لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة بنكاح
بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث
قال عليه السلام لا حتى تذوقي من عسيلته بالتصغير وقوله وشرط صفة الاحصان فيهما
ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا
كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي
بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فيهما زوجان وقد مر وابو يوسف يخالفهما في الكافرة في

ان الاسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة
الكافرة يصير محصنا والحجة عليه ما على ابي يوسف ما ذكرناه من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف
في الدين وقوله عليه السلام وقوله صلى الله عليه وسلم معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال رحمه الله
ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد
يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب
جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله
تعالى او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعري ظاهر
وقوله والشافعي جمع بينهما حدا اي في حد الزنا سوى الرجل والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه
وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة الجلد فكما ان الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك
في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه
من الاصدقاء والحبيبات لان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك
ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء ورجوعا نصب على المصدر
ومعناه ان الفاء للجزاء وانما ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم انه هو الجزاء الذي
بين انما قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد
الفاء وقوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة
الى البيان فكان ما ذكر كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال
في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب
ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب تعطل مادة البقاء يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس فربما
تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا ولا يادة شهرة وقوله وهذه الجهة مرجحة لقول
علي رضي الله عنه نقل بفتح الجيم وبكسرها في جر الفتح ان هذه الجهة من العلة اقرب من علة الخصم بشهادة
قول علي بصحة ما قلناه ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه فقال المصنف هذه الجهة
من جهات العلل لتؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله عز وجل والذين
هم للزكوة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه
الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع ان النفي ليس بحكم
واجب في الحد فيصلح للترجيح فمن مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحا بعضها بعضا وما ارى اختيار
المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة
وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه
بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يتبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتداء

كان امساك الزوانى فى البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله
صلى الله عليه وسلم خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى
الزانية والزانى والدليل على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانية والزانى فان النبى صلى الله عليه وسلم
قال خذوا عنى ولو كان انتساخ امساك الزوانى فى البيوت بقوله تعالى الزانية والزانى لقال عم خذوا
عن الله وهذه الدلالة التى هى دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم فى حديث العرنيين واليه
اشار بقوله فى الكتاب وقد عرف طريقه فى موضعه اى دل فى حديث العرنيين دال على انه متقدم
على قوله عم استنزهوا عن البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث
متقدم على قوله تعالى الزانية والزانى وهو ما ذكرنا هنا ما ذكره فى النهاية وتبعه غيره من الشارحين
وقوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى يعنى اذا راى
الامام تغريب الزانى مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة
لانه قد يفيد فى بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة
رضى الله عنهم روى ان ابا بكر رضى الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضى الله عنه سمع قائلة
تقول هل من سبيل الى خمر فاشربها او هل سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق
مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج وطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفى ولكن فعل ذلك
لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبى يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لى حيث لا اطهر دار
الهجرة عنك وعثمان جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلى جلد ونفى ثم قال كفى بالنفى فتنة وكل ذلك
محمول على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الى آخره ظاهر وقوله قال للغامدية روى
ان الغامدية رضى الله عنها لما اقرت بالزنا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال
لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال ارجعى
حتى يستغنى ولدك فقالت لعلى اخاف ان اموت قبل ذلك فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله
صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو التاخير عن هذه الزناة اذا لم يكن لولدها مرب **باب الوطى
الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه** لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع فى بيان ما يوجب الحد
وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا فى اول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير
منعكس لان الزنا يصدق فى فعل المراة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف
وهذا التعريف وهو قوله وطى الرجل المراة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه
واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمراة تدخل فيه تبعا لما يجىء بعد هذا
ان كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المراة وكل موضع لا يجب فيه الحد على الرجل لا يجب على
المراة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع فى غير محله لانه فى التصورات قلت التعليل
ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا وتقرير كلامه انما
اعتبروا ان يكون فى غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت
من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته لئلا

ذلك قوله عم ادرءوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهى ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا
نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه اى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليس
بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم على حد وشبهة فى المحل وتسمى
شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام على فالاولى يتحقق فى حق من اشتبه عليه
لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطى نوع استخدام
والاستخدام يحل فكذا الوطى فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية يتحقق بقيام الدليل
النافى للحرمة فى ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد
يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن فى الاولى ضد الظن وفى الثانية على كل تقدير والنسب
يثبت فى الثانى اى فى الوطى الثانى وقيل اى فى المذكور الثانى والاولى ان يقال فى نوع الثانى اذا
ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض اى خلص زنا فى الشبهة الاولى وان
سقط الحد لامر راجع اليه اى الى الواطى وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت
فيها النسب لان هذا وطى فى شبهة العقد فيكفى لاثبات النسب وفى الايضاح المختلعة والمطلقة
بعوض ينبغى ان يكون كالمطلقة ثلثا وعد شبهة الفعل وهى فى ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال
ظننت انها تحل لى لا يحد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا
فى موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت انها حرام على وقالت الجارية ظننت انه يحل
لى لا يحد واحد منهما اما المراة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد
عن المراة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجىء فان قيل ما وجه الاشتباه فى المطلقة الثلاث
حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لى اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث
من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب
الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف فى ان من طلق امرأته ثلاثا هل يقع او لا فينبغى ان يصير
ذلك شبهة فى اسقاط الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضى لم ينفذ قضاؤه
واما الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها
على حرام على ما يجىء وشبهة ام الولد اذا اعتقها مولاها هو ما قلنا فى المطلقة ثلاثا وهى فى العدة من
قيام اثر الفراش فكانت الطلاق فى موضع الاشتباه وشبهة العبد فى جارية المولى انبساط يد العبد
فى مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حلا لانبساطه فيها بالوطى والجارية المرهونة
فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود يعنى اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لى لا يحد وعلى رواية
كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطى جارية انعقد له
فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطى جارية اشتراها
على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه
من وقت الرهن وان كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك
عند الهلاك ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال

فقيام لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما اورث
قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية
المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال
في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال
فليشتبه انه هل يثبت بهذا العقد ملك المتعة او لا كما في الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة
ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فما اشتبه عليها لا يشتبه وكذا في البيع
بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك
المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهونة عند الهلاك وملك المال
بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بعيدا عن ملك المنفعة ثم على الشبهة
في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله عليه الصلوة
والسلام انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا باينا بالكنايات لاختلاف الصحابة في كونها رجعية
او باينة والجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم لان اليد التي كان بها متسلطا على الوطء
باقية بعد فصارت شبهة في المحل والممهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد الثابتة
لقيام الملك في النصف والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي
هذه المواضع لا يجب الحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل او القابل
وثم شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا
او حراما متفقا عليها او مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلماء
الباقين لا يثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا
هذا ما هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه
وقوله وقد تعلق الكنايات يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله ولا يعتبر قول المخالف
فيه يريد قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا تقع الا واحدة والامامية
تقول انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون انه قول علي لانه خلاف الاختلاف والفرق
بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا
وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار العلوق السابق
على الطلاق لان النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى به ثلاثا لقيام الاختلاف في هذه
اي كذلك الحكم اذا نوى بعض الفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي
لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله ولا حد
على من وطئ جارية ولده وولد ولده يعني وان كان ولده حيا وقد مر ذكره في تعليل الكتاب
وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد وقوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا اذا
قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه وقوله في الظاهر يتعلق
بقوله وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين

يكفي

يكفي لاسقاط الحد عنه الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد
على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب بان سقوط الحد في جانب
الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت
في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر وان وطئ جارية اخيه
او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم ما
بيننا يعني قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق
مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان وحشمة
فلم يتحقق هناك الحرز والقطع داير مع هتك الحرز واما ههنا فالحد داير مع الملك او العقد ولم
يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد والله اعلم قال ومن زفت
اليه غير امرأته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع
له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى
جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت
بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولكن قاذفه
لا حد عليه عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بني الحكم على
الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه وجه الظاهر ان الملك منعدم
حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينام
على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا وكان
مقصرا فيجب الحد واذا قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابته بالفعل ولم تقل ذلك فوقعها
وجب عليه الحد كذا في الايضاح ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند
ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد وان في يجب عليه الحد
اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى
الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون
محلا لحكمه وهذا المحل ليس بمحل لحكمه لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف
محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد وههنا وبنات آدم قابلة لذلك وقولكم
وهذا المحل ليس بمحل لحكمه قلنا ليس بمحل لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه
كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يعوز ان يكون شبهة
في درء الحد فان الفعل لم يتمحض زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره
الا بالعقد والغرض وجوده واولاد اهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم
يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله
كان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في
ديننا فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد

مقدر نيعزر وقوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج اى غير السبيلين كالتفخيذ و
والتبطين عزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امراة قيل يريد اجنبية لانه اذا اتى امرأته
او مملوكته في الموضع المكروه اى الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه ذكره
في الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين
محل ومحل او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان
محصنا وهو احد قولي الشافعي وقال في قول آخر يقتلان بكل حال اى سواء كانا محصنين او لم
يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما
انه اى اللواطة في معنى الزنا وقيل اى كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواطة وفي
بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق بها اللواطة بالدلالة لا بالقياس لانه لا
مدخل فيما يدرأ بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في موجبه من الاحراق
بالنار وهدم الجدار عليه او التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس في
المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا
لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا من الزنا
لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في هذا باطل وما رواه من
قتلهما او رجمهما محمول على السياسة او المستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اى عند ابي حنيفة
لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي الى الامام ان شاء قتله
ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا
ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد
ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية
السفه وفرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اى ستر فرج البهيمة وانما التحريم عليه وان لم يشق
ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان رجعها حكميا الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة
وليس فيها حد مقدر وما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل
به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه تذبح البهيمة وهو ما روى عن علي
بن ابي طالب انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث
به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية لا لانه واجب والله اعلم قال رحمه الله
ومن زنى في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا
لا يقام عليه الحد وقال الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة

عدم

عدم الاقامة حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية
الامام عنها فكان المراد به الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تعالى
فاجلدوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر
الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطبق الشارحون وفيه نظر يعرف فيها يستحضر
قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية
بموجود ويجوز ان نقول حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان الضمير
راجع الى الزاني والزانية والزنا وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم
فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص منه جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله
ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار تحصيل
بالاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز
واذا لم ينعقد موجبا للايقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله لانها
لم تنعقد بتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتاويل الوطئة
وقوله ولو غزا ظاهر وقوله في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب
وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار وقيل
خير السرايا اربعمائة وقوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في
هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة
وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة احد الطرفين للآخر بكونه حربيا او ذميا او ذكرا او انثى وعند
محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتغاير بين الذكر والانثى
فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف
اولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه
في دارنا فكان كالذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد
حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب
بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي
ان لا يقتص منه ولا يحد للقذف قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل
النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بديانة وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة
ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاختصاص بكونه من دارنا انما يكون
بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن
من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان
ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل لا
طامعا في الانصاف فانما العدل لا يجل على غيره يلتزم الانتصاف فان العدل لمعنيه عليه لانه
التزم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف

وأما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن قول أبي يوسف شرع
كل منهما في إثبات ما ذهبا إليه فقال ولهما الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة على ما يأتي
فامتناع الحد في حق الأصل فيما إذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع وإلا لا يكون
تبعا فكان خلفا وأما الامتناع في حق التبع فيما إذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه
في حق الأصل وإلا لكان مستتبعا وكان أصلا والغرض أنه تبع وذلك خلف باطل نظير
ذلك إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة فإنه يحد البالغ دونهما لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه
في حق الأصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فإنه لا يجب الحد عليهما لأن الامتناع في
حق الأصل يستلزمه في حق التبع ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لأنه
مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا ولهذا لو قذف
قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله
تعالى ثم أبلغه مأمنه وإذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لأن التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد
لقوله تعالى الزاني والزانية فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي
لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي
فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز
عن قول بعض مشايخنا العراقيين فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات
وقوله وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنهم قالوا الكفار غير مخاطبين
بالشرائع قال شمس الأئمة ومشايخ ديارنا يقولون إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من
العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد أن سقوط الحد من الأصل يوجب
السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون
فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا
زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد
قال رحمه الله وإذا زنى الصبي أو المجنون صورة المسألة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي
قياس أحد الجانبين بالآخر فإن العذر من جانبها كما في صورة الإجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه
فكذا العذر من جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع أن كلا منهما مؤاخذ
بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا فلا حاجة إلى التكرار واعترض عليه من وجهين أحدهما أن غير
المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لم يوجب
عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني أن الصبي والمجنون إذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر
عليه لأن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين إما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه
المهر فيما إذا طاوعته المرأة وأجيب عن الأول بأنه لا يلزم من إحصان الزاني إحصان الزانية
لأن الإحصان موقوف على شرائط أخر ويلزم من تحقق فعل الزنا منه تحققه منها بسبب التمكين
لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بأنا لو أوجبنا

المهر

المهر على الصبي فيما إذا طاوعته لخلا الإيجاب عن الفائدة لأن لولي الصبي الرجوع عليها في
المال بمثل ذلك لأنها طاوعته وعند مطاوعتها أمرت الصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الأمر
من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية فإن المكرهة
ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فإيجاب
المهر كان مفيدا ثمة إذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن أكرهه السلطان
الخ ظاهر وقوله وعليه المهر في ذلك يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه
المرأة فإن قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها تنفي وجوب المهر فكيف وجبها
المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه
النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقا أو مكذبا فإن كان الأول
ثبت النكاح حقيقة وإن كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق
باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لا يخلو عن
غرامة أو عقوبة وإذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فثبت لها المهر وإن
ردته وقوله ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة إنما وضع المسألة في الجارية
وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فإنه لو فعل
ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء
الضمان إنما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لأن الأمة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضمان
بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما إذا زنى بها فأذهب عينها وهو وضع قول
أبي يوسف في هذه المسألة وقوله وهو على هذا الخلاف أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة
الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافا لأبي يوسف فكان رد المختلف إلى
المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما أن
هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لأنه ضمان دم والدم مما لا يملك
ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميتة ليس محل الملك
وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه في العين كما في
ضمان المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة
الضمان ولا مستندة لأن المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة
قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين لما لا يشترط الوجود كما في الحيض درءا في باب الحدود
وأجيب بأن التبيين إنما يكون في حكم متعلق بعاقبة ينتظر الوصول إليها فإن وصل حكم بثبوته
وإلا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا بخلاف ما إذا زنى بها جواب لصورة
يمكن أن يستشهد بها أبو يوسف كما قررناه وتقريره أن الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء
لكونها قابلة للملك إذ هي عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل
الجواب دون التنزل فإن لقائل أن يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في

في المستوفى اعني المنافع لكونها معدومة واما اذا نظرنا الى الحاصل الجواب وهو قوله لانه
ضمانه قبل تقرر يوجب الملك لو تم ضمانه دين وهو ليس بجناية تملك فانه صحيح وتحريره انه
بالنظر الى المنزل ايضا بان الملك وان كان ثابتا فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فتكون
في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا اصلا وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ
به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله عليه وسلم اربع
الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع
لوجب ان لا يحد المستأمن الحاقذف كما لو زنى وقد تقدم انه يحد لان حق العبد والجواب
ان حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به فما يليق بالحربي
ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله لانه ليس فوقه امام
ليستوفي فيه منه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا
عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار واخر الشهادة ههنا
عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند
الامام بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة مما في الكتاب
في غاية الندرة **قال** رحمه الله واذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين
عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله
على زيادة ايضاح هي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة
الحين الذي استفاده منه بعض المشايخ قدره بستة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان
في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم
متكامل والاهلية للشهادة موجودة وبذلك يمتنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى
قوله مخير بين حسبتين اي اجرين يطلب بهما يقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر
الحاء وهي الاجر والجمع الحسب وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة
كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة
في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد
لانه خالص حق الله على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله ولان
الحكم يدار جواب آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله
هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله
سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة
في كل فرد من افراده وقوله ولان السرقة جواب آخر ووجهه ان السرقة تقام على الاستسرار اخفا

توجد

توجد في ظلام الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة
حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتم صار فاسقا وقوله ثم التقادم
كما يمنع قبول الشهادة ظاهر وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان
المقصود من القضاء في حقوق العباد اما اعلام من له القضاء او التمكين لمن له
القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف
تمامه على الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان
المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة
القضاء في حقوق الله تعالى واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى
ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر
في ذلك نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة
ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر
لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة ذكره في المجرد قال ابو حنيفة لو سأل القاضي
متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهر او اكثر درئ الحد قال الناطفي
فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد واصله مسألة اليمين حلف ليقضين
دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله وهو الاصح يعني تقديره التقادم
بشهر وقوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة
شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة **قال** رحمه الله
واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى لانها لا تصح على الغائب
وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم
لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود
بيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لكان شبهة الصدق مع احتمال
الكذب واذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعني
بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى في حق
بعض الغائب لاحتمال ان يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر به سقط القصاص
بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا تثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته وان شهدوا
انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال
المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها
لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك او بالزنا بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تخفى عليه امرأته
او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة واستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا
عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب

للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان
طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيها وعدم الوجوب في حقها
لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطي الصغيرة
المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم
بهما وكل واحد منهما فاعل وما يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء اثبتوا الوصفين
متضادين لان التطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به والجمع بينهما
متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما
نصاب الشهادة وقوله ولان شاهدي الطواعية دليل آخر وتقريره لان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت
شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بهما الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على
شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة
يسقط احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله وان شهد
اثنان انه زنى بامراة بالكوفة ظاهر وقوله خلافا لزفر يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم
لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كما لو شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون
حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره
ان الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة
وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم
واتحاد المراة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد
قيل والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر
الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة ظاهر
ولا يقال بان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لان هذا
احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة
قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه و
الطواعية على مذهب ابي حنيفة بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه
عن طوع اجيب بان نقل ما ذكرتم في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراها
متفاوتا الى الاخر وبين ان يكون اوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المراة
سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراها او اوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان
في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرناه قال رحمه الله وان شهد اربعة انه زنى بامراة
بالنخيلة تصغير النخلة التي هي واحد النخل موضع قريب من الكوفة وبالباء المعجمة والجيم
تصحيف لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة
وكلامه واضح وقوله فلا احتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين

قائم

قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف وقوله درئ الحد عنهما وعنهم يعني لان
الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط
الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما استوضحها بقول النساء
ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود وقوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله
لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان
والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن
نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا محضا وقوله لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل يعني بالنص
قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالامر بالتثبت دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه
لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا ترى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضيخان ان
الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء
لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود
في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند
نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر
ولا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا
باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف
انما كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون يعني
ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود
عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر وقوله في الصحيح يعني في الصحيح من الرواية
وذكر في مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه
لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذا الوجه وقع فعله تعديا
فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجها حسنا وهو ان الاضافة
للشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن
مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه لما فيها من الشبهة
زائدة على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن فيه زيادة ونقصان وقوله لانهم قائمون
مقامهم اي الفروع مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع
الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ففي الموضع الذي ترد يتعدى ردها الى شهادة
الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني الاصول والفروع لان عددهم متكامل
والاهلية موجودة وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحميل في الفروع
وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء لا للايجاب لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح وقوله
لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت يعني لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم

حكم القاضي وذلك انه لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء المحسنين جميعا فيجعل للحال قذفا للميت واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما ينبني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيده بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه قذفا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف وللقائل ان يقول القضاء لو كان قائما في زعمه وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذاك الا لان القذف ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذفوا حيا فيحدون وان كان رجما قذفوا حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض قوله لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله فيما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالفسخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوعه لا يكون ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقدم لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا كلهم لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزم شيء برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال رحمه الله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد هو الضمان على بيت المال

ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا لان يكون الرجوع بان يقول اخطانا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال قيل هذا اذا قالوا يعني لو قالوا اخطأنا لا يجب الضمان بالاتفاق قال المزكون ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا وكان كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان كان في المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا خصالا حميدة في الزاني وهؤلاء اثبتوا خصالا حميدة في الشاهد فكما لا ضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء وقوله وله ان الشهادة ظاهر وقوله وهذا يعني وجوب الضمان على قول ابي حنيفة وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه بتبين صار كانه لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فعلام لم تحد الشهود حد القذف قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لا يجعل قذفا للميت الحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا او مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اي فعل الراجم الى الامام ولو باشره الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال كما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وللشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشا في البير والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا وقوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبوت النسب وقوله خلافا لزفر والشافعي فرع على اصل وهو ان زفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك اي الاصل ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد

الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله
فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الخ صورته يعني ان الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد
ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم لان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق
مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا
مثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال
الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها
مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل
باب الوطي الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة
للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد
رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم
فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني ذكر من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا
لان العتق هناك ثبت ايضا بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه تاريخ ينكره
المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا
يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة
الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون اصلا الوجوه المترتبة على الاصل
الذي ذكرناه من قبل والله اعلم **باب حد الشرب** انما اخر حد الشرب
عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه يفضي الى قتل النفس فان الله تعالى
قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال الله تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر
ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان واخر حد
القذف عن حد الشرب لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر
محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في
ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ
وريحها موجود او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه اي على الشارب بذلك اي بشرب الخمر
ووجود الرائحة من باب قوله عوان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران
فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن
الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابي حنيفة
وابي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل فيما اي في وجوب الحد
قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قيل تمام الحديث فان عاد
فاقتلوه وهو منسوخ وترك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بانه ترك العمل به لكونه معارضا بحديث
قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي
الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح وقوله غير انه معتد بالرائحة

عنده

عنده اي عند محمد وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا وقوله وهذا يعني تقدير الزمان وعدم
اعتبار الرائحة لان التأخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقديره بزمان واما انه فذلك ستة
اشهر او شهر واحد فيعلم في موضع آخر واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة ان تكون من
غيرها كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وهذه الرواية
وهي رواية المطرزي بجملة قد وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط
همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى
المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر
فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر وهو الرائحة من اقوى الدلائل على
القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب عن التقدير بالزمان اي انما يصار الى
التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل
جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما
لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا براي
ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه
وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على ان
الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود
شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم
ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب
انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما
متنافيان وايضا اشتراط الرائحة ينافي اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه
وقوله وريحها يوجد منه ظاهر **قال** رحمه الله ومن سكر من النبيذ النبيذ يقع على
نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء
ويترك اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد
وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ فهو الني من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا
واذا اشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يحل شربه ما دون السكر وعند محمد
والشافعي لا يحل شربه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا
طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة
وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدر المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا
في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار حده فسيذكر ان
شاء الله تعالى وقوله ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها يعني ان لم يشاهد منه الشرب
لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن

للمستدل اجيب بان الاحتمال فى نفس الروايح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاقتصار او التميز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثانى احسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرايحة محتملة على تهيج محمد وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار على قولهما ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذى ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلاف رواية الجامع الصغير للامام المحبوبى فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبى تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج حلال ولا تنافى بينهما وحد الخمر وحد السكران من غير الخمر فى الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة يفرق على بدنه كما فى حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن خلا الراس والوجه والفرج ثم يجرد عن ثيابه فى المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص اى بالحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعنى من حيث العدد حيث لم يجعل مائة كما فى الزنا فلا يعتبر ثانيا وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف فى المقدرات الشرعية والثانى ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روى انهم ضربوا فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدى وغير ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقيد بشىء وانما اظهروا التخفيف الذى كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف لله دره لطايفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين فى مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف فى السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى قال رحمه الله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا تقبل شهادة النساء مع الرجال فى حد الشرب لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء فى الموضع الذى جازت شهادتهن تجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث

النظم

النظم والسكران الذى يحد هو الذى لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف وهذا عند ابى حنيفة وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه اى يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران فى العرف والبه مال اكثر المشايخ وعن ابن ابى وليد قال سالت ابا يوسف عن السكران الذى يجب عليه الحد قال ان يستقرئ قل يا ايها الكافرون ولا يقيمه عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها ورويت ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ولابى حنيفة ان الحدود يؤخذ فى اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شىء وشىء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعنى انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية فى السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى فى حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قال ابو حنيفة وقوله وهذا اى ظهور الاثر فى مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يتمايل او يعثر فى مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعنى فى الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذار زاد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف فحقا للعبد فكذلك ساير الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروى ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض اصحابه فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامّهم فى صلاة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح اللاءات مع ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارى فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله تعالى اعلم بالصواب

باب حد القذف

القذف فى اللغة الرمى وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا الخالى عن الشبهة الذى لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزم حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله والذين يرمون الرمى بالزنا بالاجماع واليه الاشارة فى النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص

بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان
القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت
فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حُدّ والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد
الشروط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم
لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني فقال الآخر صدقت لا لاخراج
ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكنه يصلح اشتراط مطالبته احتياطا لدرء الحد وابن المقذوف
انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا
ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضائه القاذف على ما مر في حد الزنا وهو
قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال
ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط
فيه لا تكاد تحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة
او الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه
في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله
لان ذلك يمنع العرف والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله
والاحصان بيانه شروطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون
الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة واجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا
منهما الزنا الذي يوجب حده على صاحبه ولم يوجد منهما واما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق
منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف
رجلا وطئ بشبهة او وطئ جارية المشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم
من اشرك بالله فليس بمحصن فقرره انه تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله والذين يرمون
المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه
حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف
امه لان نفي النسب والنسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه
وامه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك
قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا
يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب عن ابيه من غير ان تكون الام زانية
من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة وولدت في عدة الوطء واجيب بان ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة
ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط وانما تركنا هذا القياس بحديث ابن مسعود
قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب الى آخره ظاهر وطولب بالفرق
بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي تدعى له حيث
لا يكون قاذفا مع ان القذف يراد به هذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينتفي عنها

بانتفاء

بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا بخلاف
ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادتها الولد ثابتة فيتضمن نسبتها الى الزنا فصار كما تقدم قال
قال رحمه الله ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال لرجل يا ابن الزانية وامه
ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا
قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه
بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل
نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي ونقل غيره من الشارحين
عن شرح الجامع الصغير لان العار يلتحق بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون
القذف متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف
حيا غائبا فانه ليس للاصل ان يأخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف واحالة
غيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل
وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله وعند الشافعي ظاهر وقوله لما ذكرنا
يعني قوله لان العار يلتحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روي عنه
ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنى ابي امه
وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد
حال قيام الولد وقال زفر ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد
فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا
بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار
ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فلهما
ان يخاصم لقيام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من
عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب
بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب
على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد
خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان
حد القذف لا يورث فكان كما اذا تناوله صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا
له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا
اذا تناوله معنى قيل قوله وليس بطريق الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان بطريق
الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير
كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذفه نفسه
الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس
بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيّره بقذف محصنة وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من

غيره بقذف محصنٍ جاز ان يأخذ بحدّه لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف
الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على
ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان يأخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع
موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق واى استحقاق
اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك
لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على
الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا **قال** رحمه الله وليس للعبد ان يطالب
مولاه ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا
بقذف امه ولو امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده قال
صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق
العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف
غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليها اولى وقوله ولو كان لها ابن من غيره وجب
وقوله ويبطل ذلك تشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه ليستوفي بالبينة
بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذا لا يستوفي الا بخصومته وانما يستوفي
بخصومته فيما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى
الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق
العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر ان رجلا لو ثبت عليه
باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقأ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين
لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لحاجته عن الغير بالتأخير لانه
يخاف الفوت والله لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي
تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء
حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند
السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الى اخره قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالبا
اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق
العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما يأتي في الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف
وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه
لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله ومن اصحابنا
من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد
كما قال الشافعي لان الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع به على
الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص لانه فوض اقامته الى
الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام اي اجاب عن الاحكام

التي تدل

التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ذكرنا ان كل احد
لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث انه عندنا لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة
وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك
العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يعلم شراء
الطعام الا للاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق
فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال في
النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولكون عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة
العلماء اظهر والثاني اظهر وقوله ومن اقر بالقذف من الاحكام التي تشهد بكونه حق العبد وقوله
ومن قال لعربي يا نبطي ظاهر والنبط جيل من الناس ينزلون العراق وسئل ابن عباس عن رجل
قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى اخره وقوله
لان ماء السماء لقب به اي بهذا اللفظ وماء السماء وهو لقب المزيقيا هو عمرو بن عامر لقب
بالمزيقيا لانه كان يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه
عامر يسمى حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء
وجودا وقوله واسمعيل كان عما له اي ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابرهيم ويعقوب بن
ابن اسحق فكان اسمعيل عما له وادخلوه تحت الاباء فدل ان العم يسمى ابا **قال** رحمه الله
ومن قال لغيره زنأت في الجبل ومن قال لغيره زنأت في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود
الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة واستشهد
المصنف لذلك بقول الشاعرة وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وقال وذكر الجبل يقرره اي
الصعود مرادا تاكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الى اخره واضح
وقيل كلام بينهما ان المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب
يعين احد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ
يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول
لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان
مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا ومن قال لاخر يا زاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول منكرا في الثاني
بان المراد بالاول وهو قوله يا زاني وما ثم خبر اصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم
الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت على
ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان المحدود في القذف ليس باهل للعان دليله ان اهلية اللعان تعتمد
اهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه
اصلا يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما
غايته ان الباب ان اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل

الزنا فيجب بهذا القذف على المرأة احتيا لا للدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيت
بك يعني في جواب قوله لها يا زانية وقوله وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها
ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطي بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح
محملا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله بل بدا ه مبسوطتان حملها على ذلك
التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان
على الزوج ولا يجب الحد على المرأة فهو حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب
الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه اي اللعان
حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والوالد ولده في الوجهين اي في الذي
اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به سابقا او لاحقا اي اقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما
اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما قال
ان سبب اللعان هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن
يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي
من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الاخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد
بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا الا ترى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما
اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار
بمنزلة قوله انت زانية وقوله وان قال لست بابني ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعنة بولد
بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد
كذا في الكافي وقوله بولد يتصل بالملاعنة وقوله ففاتت العفة نظرا اليها اي الى امارة الزنا وهي
اي العفة ذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة
فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قايم مقام حد الزنا في حقها
فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قايم مقام حد
القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي
القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية ووجدت بخط شيخي في جواب
هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قايم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره
فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها والله اعلم قال رحمه الله
ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطي الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه
والاخر لغيره والاول منشأ حرمته انتفاء حصوله في غير الملك من كل وجه كوطي الاجنبية او من وجه
كوطي الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطي حرمة موبدة كوطي امه
وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطي امته المجوسية ووطي امته الاختيه
وانقاذفه في النوع الاول بوجهيه لا يجب حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف

صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة الموبدة ثابتة بالاجماع
كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطيها لا يحد قاذفه او بالحديث
المشهور كحرمة وطي المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بالشهود
وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال الا ترى ان المجوسية اذا
اسلمت او خرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر
وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول وطيها لا يسقط احصانه لان حرمة
الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيح لا يسقط احصانه كوطي امرأته الحائض والمجوسية او التي ظاهر
منها او المحرمة او امته التي زوجها وهي في عدة من غيره ولان ملك الحل قايم ببقاء سببه ووجه ظاهر
الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت احدهما ينتفي الاخر والحرمة المؤبدة
ثابتة فينتفي الحل وقوله لان ملك الحل قايم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له
وان لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملكه للحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله لمكان الاختلاف
الصحابة يعني في انه مات حرا او عبدا على ما يجي في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله قد مر في النكاح
اي في باب نكاح اهل الشرك وقوله فقد وصلنا حكمه جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة اولا
لا يحد لان المختلف فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة محض الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره
في الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد رد
بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة
وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية
الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كان ثم حين اقيم عليه الحد
فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على
الاخرين يقتضي اهليتها على البعض ولقايل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد اولا
موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته
فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول ههنا انعكاس حكمهما
لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب ان ترد شهادته بحد القذف تتميما للحد القذفي ثم يبقى
ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجب
الرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة
بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم
تكن في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهو الرد
وقوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل
الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم
قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف
الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما

قلنا ان الرد صفة للمحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر
بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن
والممكن زمان النبي رد شهادة قاذف المحال فيتقيد به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع
للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص
ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى آخره وقوله ومن قذف او زنا الى آخره ظاهر ذكر في
المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان
يا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد
فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه
التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل
كسائر الحدود **فصل في التعزير** لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة
المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب
دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل فيه ان من قذف غيره بكبيرة ليس
فيها حد معين يجب التعزير قال في الكافي وفي الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون
بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه
بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف ان التعزير من السلطان
باخذ المال جائز وذكر التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد بعلة النيابة
من الله تعالى وقوله ومن قذف عبدا او امة ظاهر وقوله في الجناية الاولى يعني بها اذا قذف عبدا او امة
او ام ولد بالزنا لان المقذوف بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد وقوله في الثانية يعني قوله يا فاسق
الى آخره وقوله لانه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه قيل بل الحق الشين بالقاذف لان كل احد يعلم
ان الله ادمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فعل
بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل فهو حق فعلى
المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح واري
ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر تبليغه حدا فابو
حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا
منه سوطا وهذا احق لانه من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث
ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده
قدر متعين كربع او ثلث او عشر فيصار الى اقل ما يمكن للتيقن به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما
لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء متعين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى كما مر في موضعه
وقوله فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا
من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد ورد الشرع
به اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير

بالتهمة

بالتهمة لا يحتاج الى ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب
التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه
قذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد
يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان
يحبس فيه تهمة لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير
لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة
الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان
الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب
الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضم الى الضرب ان رأى ذلك كما ان
للامام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب والله اعلم **قال** رحمه الله
واشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب
الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب
التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في صفته لئلا يؤدي الى تفويت المقصود
وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط
في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بسائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل
على خلافه ما روى ابو عبيدة وغيره ان رجلا اقتم على ام سلمة فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها
يبضع ويحدر اي تشق وتورم ومعلوم ان عمر ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف اختاره
يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم
التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه
هدر ذكر مسئلتين احداهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور به والاخرى على الاطلاق
وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط
لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور تملك الفعل بالامر فيأتي المامور به في وسعه
غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور في عهدة الوجوب واما الاطلاق
فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق
في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة
لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي في التعزير تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى
بامره صار كان الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم **كتاب
السرقة** لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة
بصيانة الاموال لان صيانة النفس اقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره في

في الكتاب وقوله تعالى إلا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية وقوله وقد
زيدت عليه اوصاف في الشريعة وهي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا
للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو اخذ الشيء من
الغير على سبيل الخفية والاستسرار مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع
الينا على ثلاثة اقسام احدها ما هو المقرر على ما انبأنا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة
يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو المعدول عما انبأنا باللغة من كل وجه كالصلاة
والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انبأ باللغوي وكذلك
في غيرها والثالث ما انبأنا باللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر
لان الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك
والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن
ان يجاب عنه بانه نظير على المثال وهو ليس بجيد عند المحصلين وقوله كما اذا نقب الجدار على
الاستسرار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان
القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على مقاتلة
بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت
الدخول لم توجد في وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب
القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في السرقات لان اكثرها في الليالي
تصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله او من يقوم مقامه يعني المودع والمستعير
والمضارب والغاصب والمرتهن قال رحمه الله اذا سرق العاقل البالغ عشرة
دراهم اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه
على ما سيظهر لك معناه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم
اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والاية كانت عامة لكنها لم يتناول الصبي و
والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما
لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار
واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب ومنقول عن الحسن البصري استدلالا بظاهر الاية
فانه ليس فيها ما يدل على النصاب بل اصله بخلاف كونه محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان
اخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة بل
لانعدام سارقة عين الحافظ قلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة
وهي المقطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير
بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه
عن ابن مسعود وقوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة
واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح

احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت
روت عائشة ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن حجفة او ترس
وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن
ثمنه ثلاثة دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله
عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي فما وجه
دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم
كانت ربع دينار ويعارضهما ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح
صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا تقطع الا في دينار للحديث والى المعقول وهو ان العمل بما ههنا
يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فرجح العمل به قال رحمه الله
والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التنصيص باغايتهم من جهته
وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها
تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد
القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تحقق هذا
البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار بالشهادة
جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها
تقليل تهمة الكذب ولا يفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما
يقال انما يشترط التكرار لتقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرارا كثيرة
ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له فيه مكذبا وهو
صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط
ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا
وينبغي ان يسألهم الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرقت لجواز انه نقب البيت وادخل
يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ
شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قررنا لا يدركها الا احاد الفقهاء
فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا لظهورها وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة
لجواز تقادم العهد المانع عن القطع بوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس
بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تأخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا يقبل
شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل عنها اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار
قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار
الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه
او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه

فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وغيره وقوله ويحبسه اى المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس بما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق بازهاق الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى الكل وكل واحد منهما كملا والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشرطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان اصاب اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب قوله لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمغرة بالفتحات التلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله وما يوجد جنسه مبتداء وقوله حقيقة خبره وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب وروى هشام عن اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهو ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الاظهر انها ليست بتافه جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه عادة وقوله تقل الرغبات فيه جملة استينافية وقوله والطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء الكسر ايضا وقوله فقلما يوجد اخذه على كره من المالك اي تقليل وجود حقيقة المالك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ ترفعا عن حقيقة سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزاجر وقوله والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزاجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلحق على الابواب وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك الصفة اي الصفة التي كان عليها وهي تحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا يورث الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والمك بيد بعضها وفي التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة في الكلأ والماء والنار وقوله لما ذكرنا معنى قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو القديد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما ما ذكرناه يعني حديث عائشة وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من رأس النخل يؤكل والودي صغار النخل وقوله كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم واما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا وقوله كاللحم والتمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والتمر راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي يقطع فيها اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يكون فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرد فجاز ان يسمى

الجرادُ المتخذ منه فكان المراد احد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي فلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يؤوى به الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال رحمه الله ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيها ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر المسكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالخمر وفي ماليته بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق واما النبيذ والتمر لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة انه قال لا قطع في الخل لانه قد صار خمرة مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف الات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب او فضة وقوله ان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلاة النصارى وهو متعبدهم وقوله وما عليه من الحلي تابع لانه لا يجوز ان يكون مقصودة من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقط حكمه لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة وقوله وعلى هذا اذا سرق اناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختيار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفها لا يضمنه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن الاخذ يتأول الكسر فيها فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس بضم الهمزة وفتح الباء معروف وقوله ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ

من الخشب وان فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل
ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فخرجت عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته وتعززه
بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك وهذا يرشدك الى ان غير الحصر حتى لو غلبت
الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله وانما يجب القطع اي في الابواب في غير المركب
بالجدار اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما
يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون محرزة قيل هذا في الباب البراني
واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان خفيفا ظاهر وقوله
ولا قطع على خائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه
العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان يأخذ من البيت سرعة جهرا والوجه ذكره
في الكتاب وهو واضح قال رحمه الله ولا قطع على النباش اختلف الصحابة في مسئلة
النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس
لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتي به مروان
فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد
وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم
محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان اللابس الثوب الميت لا يخرجه عن
التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع لا يرى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا
يضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله فلان الحرز فيما يثبت للحاجة
حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل
لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع لان الشاة لا تحرز بحصن
منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الادمي واخراج سائر الاموال وقوله لهما
اي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون
القاف من اقفل الباب وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ
فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق
مالا اخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس
تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت
فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة
المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله لما بيناه اشارة الى قوله عليه السلام لا
قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال
ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى ما فهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم منه ان للسارق
فيه حقا ولما قلنا اشارة اليه وقوله والحال والمؤجل فيه سواء في عدم القطع اما اذا كان حالا
فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التأجيل ليس الا لتأخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت

قبل

قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف
جنسه وجه الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي
كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله لان له ان يأخذه عند بعض
العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود
المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء
يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا يأخذ من جنس حقه في
الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما واما
كذلك خلاف الجنس لحصول التفاوت فلم يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى
لو ادعى ذلك بان قال انه اخذه قضاء لحقه او رهنا به درئ الحد عنه لانه ظن في موضع الاجتهاد لا
ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا وقوله ولو كان حقه دراهم ظاهر
وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد لها كما في الزكاة والشفعة وقوله ومن
سرق عينا ظاهر وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه ان المتاع بعد رده على
المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك
في حكم القطع لانه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه
القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله ولنا
ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى بعد اوراق ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه الى اخره وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان
قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان
عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو
القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه
المالك من السارق الى اخره وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله
فيما يجيء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الى اخره وقوله وقيام الموجب اي موجب
سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف من صورة البيع
لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة وهو معروف وقوله ولان تكرار الجناية
معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل اخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع
فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر خارج عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا
يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا
الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في محل واحد منهما
فالنقض [illegible] ثم حد الزنا يتكرر بتكرار الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنا بتلك
المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وحق
المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار

عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا
حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد
القذف والفرق بين ما نحن فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى
والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق
في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر
عطف على قوله من اتحاد **فصل** في الحرز والاخذ منه لما كان تحقق السرقة موقوفا
على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف
ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد امران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز
وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع
الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجئ في كتاب الكراهة وقوله وفي الثاني يعني في ذي الرحم
المحرم خلاف الشافعي فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة
البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع
لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله وان سرق من امه
من الرضاع ظاهر وقوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا يجعل الحاصرة قوية
عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنا بها لا يعد
شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة
وقوله واقرب من ذلك اي من المحرمية الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع
اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع
موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك وجه الاقربية ان الحاق الرضاع
بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا وقوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان وحشمة
لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهم بخلاف النسب ولو اذا سرق احد الزوجين
من الاخر ظاهر وقوله ولا دلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال الغالية تبذل المال
اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل للاخر عندنا وعنده تقبل في
احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ
بالشبهات اولى وقوله وهو ماثور عن علي ذكراه وتعليله يدل به ما روي عن علي انه اتي برجل قد سرق
من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قال** رحمه الله والحرز على نوعين
الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال لكل ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين
حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف
الاموال كالدار والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ
كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الاخر وقد
ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد

وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح
وصاحبه ليس عنده يقطع فيه الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول
فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله وهو الصحيح احتراز عن ما ذكر في العيون
انه عند ابي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول
اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه
لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام
يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ
فتتم السرقة وهذا ايضا مما يدل على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ
مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا
لمتاعه وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا
لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه
فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه
ويبيت عليه فسرقه منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه
ومال الى القول شمس الائمة وقال المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع
بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني قاضيخان انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى
الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين
يديه ونام فيها اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما
اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية وقوله ولا قطع على من
سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس بالدخول فيه
لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله
الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله لا يقطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله
ومن سرق سرقة اي مالا وسمي الشئ المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا
وقوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت وقوله وان اغار انسان اي دخل
بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصحيح واما لفظ
محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى بلفظ
شمس الائمة السرخسي كذلك وكان اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال
في خفاء وحيلة ولذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في الجهر
مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير دخل على بعض اخر بالليل جهرا ومكابرة
ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ
الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى هاتين الجهتين
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى اخره وقوله واذا نقب اللص البيت ظاهر

وقوله وجئ بنا على مسئلة تاتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في
الطريق واضح وحاصله ان يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض
يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله ولم يعترض
عليه يد معتبرة جواب عن قولهما لما اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت
سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال
في يده وقوله فاعتبر الكل اي الالقاء في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه
من الحرز فانه فعل واحد كذلك هنا وقوله واذا خرج ولم ياخذه جواب عن قولهما لو خرج ولم ياخذ
وقوله وكذا ان حمله على حمار ظاهر **قال** رحمه الله واذا دخل الحرز جماعة الكلام واضح وانما وضع
المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت
واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف
فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما انهم لما لم يدخلوا
البيت لم تتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما ان كمال هتك الحرز انما يكون
بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه
القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع
واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لم يجب على من
هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي ومجنون فكذلك الجواب على قول ابي
حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد فقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف
يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب
الى غطريف ابن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود
ببخارا كذا في المغرب وقوله وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع
قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق
جواب عن قولهما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا
عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم
اجيب بان ذلك هو المعتاد وقوله وان طر صرة الطرار هو الذي يطر الهميان اي يقطعها والصرة وعاء الدراهم
يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا
التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على
عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهو ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وقوله فلا يوجد هتك
الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي من الخارج والداخل وقوله
ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خلف
الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد
هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت

الدراهم

الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ
المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى
قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب الكم في حفظ المال الاقيام
ينسبه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من احد امرين قطع المسافة
والاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالة ففي الاول حصل قطع المسافة لا حفظ
المال وفي الثاني قصد الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا يرى ان من شق الجوالق
الذي على ابل تسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق
الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لانه
السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا
على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيرا القطار الابل تقطر على نسق واحد
والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا ارسالا وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار
يعني قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح **فصل في كيفية القطع
واثباته** لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانها الزند مفصل
طرف الذراع في الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع بما
تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة الاية واليمين بقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما
وهي مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول
اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا
من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان البطش كان بالاصابع
فتقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف
للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق
من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤوس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثيرا للمقطوع وقوله
كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال
السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله ولانه لو لم يحسم ظاهر
وقوله وخلد في السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما تقطع
يمينه باول سرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم بعد ذلك لا يقطع ويحبس عندنا وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس
وعند اصحاب الظواهر يقتل في المرة الخامسة وقوله ويروى مفسرا اي ظاهر مذهبه في حديث ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة
اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر وقوله فحجهم اي غلبهم في الحجة يقال
حاجه فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله وقد تعذر القصاص جواب سؤال تقريره لو قطع رجل
اربعة اطراف انسان يقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظور هناك موجود لانه لا يستوفي بيان كل

بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وقوله والجواب
ان القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي
دليل على دعواه وهذه طعن فيه الطحاوي وقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا اشار بها
الى ما رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من لقيناه
من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك
الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت
يده اليسرى مقطوعة او مشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر قال رحمه الله
واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد وهو الذي يقيم الحد فقال المصنف كالجلاد وانما
قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق
لانه فعل ما امر به فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع الحداد
بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان قيمة اليد سقطت بقضاء
الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن يؤدبه الامام لانه اساء الادب
حين قطعه قبل ان يأمر الامام به وكلامه واضح وقوله يفيد دليل ان الحق في اليمين في السرقة
وهو ايضا لم يقطع يسارا واجلا ليكون حق قطع اليسار قصاصا ولانه تأول حيث لم يخطئ لان الكلام
فيما اذا تعمد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او انفه وان كان في المجتهد لان المجتهد
لا يعذر فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب
القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين
جميعا فصار شبهة في حق القصاص لان القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله ولابي
حنيفة تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه اخلف من جنسه
ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقرير لو قطعه غير الحداد لا يضمن ولو قطع يسار السارق غير
الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لانه امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت
بين ان يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم او اجنبيا غير مأمور وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح
الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية ويسقط
القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك وترد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك
وقوله ولو اخرج السارق يساره ظاهر وقوله ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة يضمن اي على السارق ضمان
المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق
دفعا لمن عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان
وجوب الضمان ايذانا بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد
باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فظاهر لحاجته المذكور لانهما
يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع
حدا وقوله وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم

يوجد

لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد
الذي قلنا في طرف ابي يوسف ومحمد ان ضمان اليد عن الحداد يبطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق
المال لو وقع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان قال رحمه الله
ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه
السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان
المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة
الى ذلك وان ثبتت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوى فما لم يحضر هو او نائبه
لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار
والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال
تكذيب الاقرار والاقرار بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه
فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح
خلا ان فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته هو معنى قوله
لان الخصومة شرط الظهور هاهنا اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط
الخصومة والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء
من القضاء في باب الحدود قد تقدم وقوله وصاحب الربا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين
درهما وقبض فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر على الذي
الربا وكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب
منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي ولو سرق سارق
من احد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن استثناء
منقطع وقد اختلفت نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن
قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون
نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن
فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين
فله ان يقطعه لان له ان يأخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع بخصومة
من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في بعده
راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن
امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول
ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط فالشافعي
بناه على اصله ان الخصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده اذا جحد من في يده المال الى المالك
واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا تعتبر الخصومة منهم وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد
ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لانه فيه تفويتها وحق

القطع تفويت الصيانة لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون
فيه تضييع الصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة
مطلقا اي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما
قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان
اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد
وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن
والمودع فلرده الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة
مطلقة اندفع ما قال زفر ان فائدة الحفظ فلا خطر في حق القطع وقوله والمقصود من الخصومة
اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة بضرورة القطع
فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة
موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر تقريره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك
كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة
موهومة الاعتراض فلا تعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فان فيه شبهة موهومة ايضا وهي
ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عنده في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور
المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة
عن محمد ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي
كان عنده فلم يكن له ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق
بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مع انه يصح ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع
في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهتها لا تأذن بالدخول في الحرز
او الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع واجيب بان الفرق من حيث ان ما
نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها
لتقويها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك **قال** رحمه الله وان قطع سارق بسرقة
المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل ان قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق
ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب
الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك
وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفة لا تعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله للاول اي
للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية
اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد
وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن
كونها يد ضمان كان للملك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا

ولهذا

ولهذا فرق المصنف بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان يردها قبل الارتفاع الى
الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده
بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده
سواء ووجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع
المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدون
غير متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فتعذر
ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان
الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك
والشيء يتقرر بانتهائه لانه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لانه يبطل لكنها اعني الخصومة تجعل
باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا
الى امرأته او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او لم يكونوا
كالرد الى نفسه استحسانا واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه او باعها اياه
لم يقطع وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم
والقبض لا يثبت الملك وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت
انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا
لان الغرض انه قضي عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض وهو ثبوت الملك
للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على
وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احترازا عما اذا اقر بالمسروق وقت السرقة للسارق
فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة
فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني ان استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او
قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب يعني باب الحد ولو قوع الاستغناء عنه
اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يفيد غناء اي لا يفيد فائدة الا
بالاستيفاء ولان القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده فلو لم
يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لخرج عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان
القضاء فيها تبيين اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا
فقه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء
من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك
بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض
قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان
الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار
وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء وقبل الاستيفاء كالملك الحادث

قبل القضاء لان الملك لم يتمحض له فكانه لم يقض ولقايل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في حق
رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء من القضاء حتى وجب القطع
وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك
الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكنه في صورة الرد
لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك
فكان شبهة في درء الحد قال رحمه الله وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب
هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام
في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك درهم
من العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم
القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق
وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجوب
سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه
عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان في العين ان النقصان
في العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قايم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت
الاخذ ودينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلكه اما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب
ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع
عنه وان لم يقم البينة وفسره المصنف بقوله معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسره
بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي
لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة
دارية والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق
بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح ومامن مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا
في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا
يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور
انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس الكلام فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله
واذا اقر الرجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لاحتمال
الكذب ومورث الشبهة في حق الاخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا
وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارية للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا
الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغايب
لان القضاء على الغايب لا يجوز وكان الغايب في هذه الشهادة كانه معدوم والعدم لا يورث
الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المتحققة الموجودة لا الموهومة على ما مر يعني
قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال رحمه الله واذا اقر العبد

المحجور

المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فاما ان يكون ماذونا له او محجورا عليه وكل منهما على وجهين
اما ان يكون المال قايما بعينه او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه
يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلماء
الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قايم او مستهلك ويرد القايم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان
اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال قايم بعينه في يده قال ابو حنيفة تقطع
يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال
للمولى وحكي عن الطحاوي انه قال سمعت استاذنا ابا خازم يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي
حنيفة فبقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف فاخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول
الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل
انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع
فيما قالوا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق
القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع وللخصومة شرط ولولا ان المال
اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله وهو مستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع
تبع ووجه وجه ابي يوسف في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله
في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قايما بعينه او مستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان
العبد محجورا عليه او ماذونا له وفيما اذا كان المال قايما بعينه او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه
يعني فيما اذا اقر بقتل الغير عمدا وطرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ في الضمان يعني
في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قايما في يده وقوله من حيث انه آدمي [illegible]
الحق باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى
استحقاق الحياة كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده
الاقرار به فالعبد فيه بمنزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته
لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اي على العبد من الاضرار لانه ما يلحقه من الضرر باستيفاء
العقوبة منه فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان ضرره للاقرار فيه ساريا
الى المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار
كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته والامام
يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس
اذا اقر بقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا قطع
على العبد في سرقة اي في سرقة مال المولى وقوله يويده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدنا
من الاصل وقوله حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت
المال دونه كما اذا شهد رجل وامراتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه لا

قال اطلب القطع دون المال لا تسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله ولا يصح في حق
فيه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع يستحق بدونه اي بدون المال لان
احد الحكمين ينفصل عن الآخر الا ترى انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان
وكذا يجوز ان يثبت القطع بدون المال اذا اقر بسرقة ما استهلك وقوله لما بينا اشارة الى
قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره
بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال لانه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما
مهدناه من اصله وقوله لان الاقرار يلاقي حالة البقاء بيان لان الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان
فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله حتى يسقط بالرجوع لانه حق يحتمل [illegible] وقوله
باعتباره اي باعتبار القطع لما عرف من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم بسقوط العصمة
والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى
غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل
على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف مسئلة الحر جواب عما
استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد لآخر وبيانه ان الحر لما لم
يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له
وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما مر ان السارق اذا سرق المال من المودع
يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال واما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون
ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق
ابو حنيفة وابو يوسف على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيردان المال الى الذي اقر بالسرقة
منه وقوله ولو صدقه المولى قدمناه في اول البحث والله اعلم قال رحمه الله واذا قطع السارق
والعين قائمة في يده كلام واضح وقوله كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يعني حتى تجب
قيمته للمالك وقيمة اخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله او شرب الخمر للذمي يعني على اصلكم
فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وانتفاء للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان
العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله ما يؤدي الى انتفائه انما كان
ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي يعني معصوما للعبد لكان مباحا
في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما
من وجه دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه
فحينئذ يؤدى بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان
فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق
في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لانه ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء
فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى به القطع تبين انه حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله فلا يجب ضمانه

العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا
ان العصمة جواب سؤال تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر
وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير
الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا
يتعدى الى فعل آخر وهو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه فكذا الشبهة
وهو كونه حراما لغيره يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يختل
السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة
وقوله المشهور وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك لان الاستهلاك اتمام المقصود
بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لانه فعل آخر فتعتبر الشبهة
فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان
لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال في النهاية اي لان سقوط العصمة
في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة
في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة
انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستدعي
المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك
حتى لو غصب احد ضمنه هلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك
على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن
الناس من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من
سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق
ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوجد من السارق
من مال المعصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف يساعده
فتامل قال رحمه الله ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها كلام واضح قوله
لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن
الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة
من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم
مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل اي بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله وكل ما كان
كذلك يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى
الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفى فيستوفي ذلك القطع الواحد فالمستوفي
كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو
على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابرأه الواحد عن ضمان الكل

ايضا لم يبرا فكيف يبرا اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فلذلك تناقض على هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني لو سرق النصب من شخص واحد فحضر الخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله اعلم بالصواب

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرها ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكرهٍ من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله وضع لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم انه فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك يثبت له ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم يعتبر به شبهة وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكره ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لان الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرجه الاخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا للمتمم

اخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها او ترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهبه بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيل فيما اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي نصابا وهي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد انه انقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة فينقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تنقطع عندهما خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب بصفر فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائل الغير المتقوم وقوله لم يملك عينا اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينها اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله من شرى بريرة وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الحاكم فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف الاتري انه غير مضمونة الحاكم انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وبحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق ترجيحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني لما اعتبرنا جهة صورة التي لان حق كل منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه يعني الوجود ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند ابي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك والله اعلم بالصواب

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها
فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق
يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته
بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق
وضرر السرقة الصغرى تخص الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق
قطاع الطريق وانما احترز عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه قوله واذا خرج جماعة قيل
ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد واراد بالامتناع ان يكون
قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح
وقوله فتكهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء وتسمى قطاع الطريق محاربين لان
المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذوه على سبيل المغالبة فكانهم كانوا في صورة المحارب
وقوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى خلاف مذهب مالك ان الامام مخير
بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله وهو اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعتها
معنى قوله فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله
وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما ذكر بعد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان
الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغلظ
الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف
او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله
فلان المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع
وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ
بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى آخره قال الحسن بن زياد الشرط ان
نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق
باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين
درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار
كثرة المال المأخوذ فبقي النصاب بهذا الحد وحد السرقة سواء وقوله كيلا يؤدي الى تفويت
جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى واما اذا كانت
يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار وحاصله ان الامام بالخيار
في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء
من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختياره لقطع الايدي والارجل بين القتل
والصلب وكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة وظاهر في الكتاب قول ابي يوسف معه
وقال محمد يقتل ويصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف مع محمد لانه اي قطع الطريق
جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم

فالسارق

فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله وقوله ولهما اي
لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا
لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض
الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجب
عليه في اجزاء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع
بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج
الشق من حد منع وقوله وعن الكرخي مثل ما نقل عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن
بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة
ولو كان بالكلب العقور وقوله بما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام قال رحمه الله واذا قتل
القاطع فلا ضمان عليه اي واذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فيما اخذه كالسارق تقطع يده
وكلامه واضح وقوله اخافوا اليهم اي انفسهم وقوله وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح
جعله الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكره في الاجمال بل قال هي
اربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما ذكر وقوله
سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس يجري مجرى الاموال
وكان سقوط العصمة في حق المال بسقوط العصمة في حق الجرح لان موجبه الارش وهو المال لانه لو لم يسقط
لصار شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان
حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني
قصاصا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم
فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره في قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان
عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير
بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على اداء المال اولا فان كان
الثاني لا يستقيم التعليل بقوله اولا لان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني
داخلا في الوجه الاول فلا تكون علة مستقلة اذ لا يجوز ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة
بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع
في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة
بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد
من تمامها فالمصنف جمع بين قولي المشايخ بهذا الطريق ذكره الاخلاطي الامام المحقق فخر الاسلام
في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثلها اي في مثل ما اذا اراد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال
اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء
شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او

او بعض وقوله ويجب الضمان معطوف على قوله حتى يستوفى ولى القصاص واعترض بان وجوب الضمان
بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور
الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض
المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر وهلك في يده حيث
تصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يستقيم ان لو كان التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند
القايلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضوء انما
هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء
صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطئ مع العامد يعني اذا
رمى بسهم الجانبين عمدا ورماه آخر خطأ واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد
لان الفعل واحد فيكون فعل المخطئ شبهة في حق العامد وقوله فعلى هذا قيل وبه ذهب ابو بكر الرازي
الى ان المسئلة محمولة على ما كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم
محرم من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان الماخوذ شيء واحد فاذا امتنع من احدهم بسبب
القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال محفوظ فالحد يجري عليهم لان الاخذ من
كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي
مالا اخر فانما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم له ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز
ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله ولا يصح ان يطلق اي ليس عقيد بكون
المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرناه لابي حنيفة وزفر فالامتناع في حق البعض يوجب
الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين ينفصل عن
الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سؤال تقريره قطع الطريق
على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد
فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستامن
لخلل في العصمة وهو امر خلل يخص المستامن فلا يصير شبهة لان الشبهة في عين الحرز لا توثر
في الدعوى لا شبهة فيه كما اذا سرق الحرز وعشرة دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق
فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال
الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله
ولا يتحقق ذلك في المصر وقرب منه قيل البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر
حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والله اعلم
كتاب السير قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره
وذلك الغير يتادى بفعل المامور به لان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على المخصوص في حق
الشرع وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من
السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب

اصل السير حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك
على امر الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة
والمغزاة **قال** رحمه الله الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدعاء الى
الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال كما بينت كون الكفار حربا
علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله
تعالى فاقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد
ماض الى يوم القيامة اي نافذ من مضى في الارض مضيا اي نفذ فان قيل كيف صح التمسك على دعوى
الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه
وههنا تايد هذا الحديث بقوله فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لو نسلم انه اذا تايد بالقطعي
افاد الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة
على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما
يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه
ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد وافناء العباد ولكن لاعزاز دين الله تعالى
ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد
السلام والمراد بالكراع الخيل وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شيوخا
او شبانا او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام
فاوجب تقييده بالنفير العام اجيب بانه دفع الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج
مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال
لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ووعد
الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون
الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو
يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عن المقاومة
مع العدو واما التكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام
شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول
قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان المجموع
المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام
قال رحمه الله وقتال الكفار واجب وان لم يبدءوا اي قتال الكفار الذين امتنعوا
عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدءونا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله
تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات
معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدءوا بالقتال
اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض

عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة و
والمجادلة بالاحسن بقوله ادع الى سبيل ربك بالحكمة الاية ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة
منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال ابتداء في
بعض الازمان بقوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا
في الازمان كلها في الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
ولا باليوم الاخر وقوله ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد
بالجعل ما يضربه الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجرة
وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يغزي الاعزب يقال اغزى الامير
الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوجة له وجاء في الحديث وهو شاب عزب
والشخوص الذهاب من بلد الى بلد والله اعلم

باب كيفية القتال

لما كان الامر الاول في باب الجهاد القتال بدا ببيان كيفيته المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان
محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه والمدينة اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قيل فيه دليل
من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا
لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي عم
اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم
شرع في القتال وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم ومنعوا انفسهم فكف لازم
ومتعد وقوله على ما نطق به النص يعني قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا
الجزية عن يد وقوله وهذا في حق من يقبل منه الجزية ظاهر وقوله فنكتفي بالنون على بناء
المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم بعث عليا في سرية وقال لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم
اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي والاحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة
بالانذار لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة ثم دعا
بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله اغار على بني المصطلق اي فاجأهم من حيث لم يعلموا بمجيئه
عليهم وهم غارون اي غافلون والبنى على وزن جبل موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا
تكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر الاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب
او الفرس اغارة اذا اسرع في العدو وقوله البويرة على وزن دويرة مصغر الدار والكبت
هو الذل والهوان وقوله وان كان فيهم مسلم اسيرا وتاجر ردها قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان
فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر
جائز الا يرى ان الامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى من هذا
الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي
بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص
واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير

وتاجر

او تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله
لان في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا
وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطاء
لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند
الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولئن كان الجهاد فرض وكل
ما هو فرض فالغرامة لا تقترن به لان الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض
منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام
دم مفرج ومهدر والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع
الطريق فتخص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع واقول قوله عليه
السلام ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله
بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال الاطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي
الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب
ان الجائع يقدم على التناول عند دفع المضطر فانه كان فيه ضمان لما فيه من احياء
نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفوس اي
نفوس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد
الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات
الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد
مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل وقد يصادف المسلم او يقتل فلو
الزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن
وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له قال رحمه الله ولا باس باخراج
النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون
بالنهار وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية
ادناه ثلاثة ولو بعث ما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة
واقل الجيش اربعة الاف وقوله وهو التاويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقران
في ارض العدو رواه ابن عمر وانما قيد التاويل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن الكرخي النهي انه كان
في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لا يقاتلون يعني
عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده
وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل اذا مثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت
انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتاخر روي عن عمران
ابن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان

يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله
ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا
على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما
إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالإحبال يكثر المحارب
وقوله لأن المبيح عنده أي للقتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله ولهذا
لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري هاهنا النساء وقوله ها كلمة تنبيه
ألحقت بآخرها السكت وقوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب لما صح أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين
سنة لأنه كان صاحب رأي وقوله فهو في حال إفاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل أو لم
يقاتل كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل لكنه إنما يقتل في حال إفاقته لأنه ممن يقاتل ويخاطب
وقوله امتنع عليها أي يقف عنده ويعالج فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا
إشارة إلى قوله لأن مقصوده الدفع

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لأنها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال
بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيل عليه بأن قوله تعالى وإن
جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى وأجيب بأنه أي الآية
محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى فلا تهنوا
وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال وإلا لزم التناقض لما أن موجب
الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا وبدليل
موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية
وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لأن
مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر
وقوله بخلاف ما إذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا
إلى السلم ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال وأما
معنى فإنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى
أيضا وقوله نبذ إليهم نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك
لأنه طرح له وقوله نبذ إليهم أي بعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في
العهود وفاء لا غدر أي هي وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة إلخ فقال الله تعالى وإما تخافن
من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم
قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن
الغدر وقوله كما بيناه من قبل يعني قوله لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله إذا لم يتولوا بمنعتهم
أي إذا لم يتبين للمسلمين بدار الكفار للحرب وقوله لأنه ما أخذ بالقهر حتى يخمس فيكون كالمأخوذ

صورة

صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد القهر بالقتال وقوله لما فيه من إعطاء الدنية أي النقيصة
وقوله إلا إذا خاف الهلاك يعني على نفسه وعلى سائر المسلمين فحينئذ لا بأس به لما روي أن
المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا
زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه
على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبى إلا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله
صلى الله عليه وسلم قام سيد الأنصار سعد بن عبادة وقالا يا رسول الله إن كان عن وحي فامض
بما أمرت به وإن كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا
يطمعون في ثمار المدينة إلا بشراء أو قرى فإذا أعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية
لا نعطيهم إلا السيف فقال عليه السلام إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفكم
عنهم فإن أبيتم ذلك فأنتم وذلك اذهبوا فلا نعطيكم إلا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم
إلى الصلح في الابتداء لما أحس بالضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن
ذلك وقوله بأي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا
بإجراء كلمة الكفر وبقتل غيره أو بالزنا فإن دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه
حتى لو قتل فيها بعد به عنها كان شهيدا وأجيب عنها بأن معنى الكلام بأي طريق يمكن سوى الأمور
التي رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز
إليهم أي لا يبعث التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به هاهنا السلاح والكراع
والحديد وقوله لما بينا يعني قوله لأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مازاحلها أي أتاهم
بالطعام

فصل

لما كان الأمان نوعا من الموادعة لأن فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في
فصل على حدة وكلام واضح وقوله ويسعى بذمتهم أدناهم أي بعهدهم وأمانهم أدناهم أي أقلهم وهو العبد
لأنه لا أقل منه وإنما فسر الأدنى هاهنا بالأقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لأنه
جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله ولأنه أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة من أهل
القتال أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد وأما قوله صلى الله عليه وسلم
ها ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله فيلاقيه أي يلاقي الأمان محله لأن محله هو محل
الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى أي الأمان إلى غيره أي غير الذي آمن من أهل
الإسلام كما في شهادة رمضان فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه إلى غيره
وقوله ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان وهو التصديق بالقلب فكذا الأمان لا يتجزى فإذا تحقق
من بعض فإما أن يبطل أو يكمل لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما إذا وجد الإنكاح
من أحد الأولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لأنه سبب ولاية وهو القرابة غير
متجز فلا تتجزأ الولاية فكذلك هاهنا واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط
في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه وفي الآخر الإيمان فالأول يقتضي عدم جواز أمان
العبد المحجور والتاجر والأسير والثاني جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني

الثاني ليقع علة لقوله ثم سمى الحقيقة كانا ولى ويمكن ان يجعل الاول علة والآخر شرطا وسماه
سببا مجازا والشئ يبقى على عدم عند عدم شرطه ويجئ في كلام اشارة الى هذا وقوله الا ان يكون
في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان
صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد
من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول يجوز ان يكون
ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعد ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام
لافتياته على رأيه اى لسبقه على رأى الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأى وهو
افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم اى بالكفار للاتحاد في الاعتقاد
وقوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال رحمه الله ولا يجوز امان العبد
اتفق العلماء على ان امان العبد المأذون صحيح لما روى ان عبدا كتب على سهم بالفارسية متى سيت
ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد
كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابي حنيفة ويصح
عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر
الطحاوي مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث
ظاهر وقوله ولانه مؤمن ممتنع اى ذو قوة وامتناع اشارة الى شرطي جواز الامان وهو الايمان
والعلة وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الامان يعني عقد
الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا
العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى
دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطا الايمان في قوله
ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم
وسيجئ في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به
وقوله والتأثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة
المصلحة الى آخره وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد المأذون له الامتناع وشرطا الايمان وهذا
الوصف يعقل له نظير في الحكم وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم
وهو الامان في الحربي اذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسايفة
جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسايفة
لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل للمنافع في مجرد القول وقوله ولابي حنيفة
انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لان صحة امانه يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون
لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره انه محجور
عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل
على وجوده ولا علم والكفار ربما لا يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك لا يلزم

بترك المسايفة فانهم لما رأوه شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم
علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال
لكان اسهل اثباتا لمذهب ابي حنيفة قتاتل وقوله وفيما ذكرناه يريد انه تصرف في حق المولى على وجه
لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله وفيه سد باب الاستغنام اى على المسلمين وذلك ضرر فحقهم فلما كان
ممنوعا عن الضرر بالمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد جواب عن قياس
محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اى الامان المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال
المطلوب به اسلام الحربي فصار بمنزلة الدعوة الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي
نفع ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم
اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله فهو على الخلاف يعني على قول ابي حنيفة لا يصح امانه وعند
محمد يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اى باتفاق اصحابنا المشايخ على الخلاف لانه تمحض بين
النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنائم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما ان يؤمنهم او يقتلهم ويستغنم اموالهم
فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة
وحكمها ان تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا قال في
النهاية وقوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد
يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر او ان الفتح بالذلة مستلزم
للقهر فهو بالخيار ان شاء قسم اى قسم البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذا فعل عمر بسواد
العراق بموافقة من الصحابة فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه وهم
نفر يسير منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم
عين تطرف اى ماتوا جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير ولقائل ان يقول لا نسلم ان لهم من الصحابة
بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يصل الحد الاجماع
والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم انه عليه السلام على اى وجه
فعل يحمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لاحالة فاذا ظهر
دليل للصحابة جاز ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر فعل
مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله
وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين
بفعل الامام كالواجب المخير كما في خيار الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر الآخر
وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه
كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا اى اخراج اهل
بلد على بلادهم بالمن عليهم في العقار اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا ويتم

بيد عليهم واما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله
بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول ما يتهيأ لهم العمل وقوله لانه
لم يرد به المن الشرعي فيما اي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف ذلك فيه فانه لا يجوز المن فيه قال لانه
في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة
واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس
الاحراز فلا يجوز ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله
اجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل فالحق والملك ثبت في رقابهم ايضا وجاز للامام ان لا
يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل
فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت في الاصل احرارا والملك ثبت بعارض فاذا
استرقهم فقد بدل لحكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد ابقى حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه
ما روينا يعني من فعل عمر وقوله ولان فيه نظرا يعني ان تصرف الامام وقع على وجه النظر فاقرار اهلها
عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالمزارعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما
لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي المزارعين
العاملة للمسلمين العارفة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون
من بعد كان فيه نظرا لا محالة فيكون جائزا وقوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل
لقلته وتقريره الخراج وان قل حالا لكونه بعضا مما يمكن ان يخرج في سنة فقد جل مالا لدوامه بوجوبه
كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر وقوله يخرج عن حد الكراهة معناه ما قال الامام التمرتاشي فان
من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذرية جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي
بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تزجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي

قال رحمه الله وهو في الاسارى بالخيار اي الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى
مخير بين الامور الثلاثة ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن
ابي سهل بعد ما حصلوا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا سقط عنهم
القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم لان
فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق
جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق
ايضا لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم
احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا
يجوز اجيب بانه ترك العمل به في حق اهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر وقوله
الا مشركي العرب استثناء من قوله فان شاء تركهم احرارا ولقائل ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف
المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه
قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام

وهو

وهو كالاول واقول ثم استدل بما فعل عمر بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا
والالزام بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها
كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر وقوله ولا يفادى بالاسارى المفاداة بين اثنين
يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى اي لا يعطى الاسارى
الكفار ويؤخذ منهم اسارى المسلمين او المال عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يفادى بهم اسارى
المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ووجه
ذلك ما ذكره ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله ولان فيه تقوية
وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يبرز هذا في معرض دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما
في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ المال منهم في اطلاق اسراهم فلا يجوز في
المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة وعودهم حربا علينا وفي
السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجيء جوابه وقوله
ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا
قتل خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة
الجمحي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق
فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن
على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى
بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص خص منه الذمي
والمستأمن فجاز ان يخص منها الاسير قياسا عليهم وبحديث ابي عزة او غيرهما والجواب ان قياس
الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن لعدم
استحقاق رقبته وحديث ابي عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود او غير معلوم فلا يصح
التخصيص بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والكلام في حكم الكلاب وفهمها
بعينه وكلامه ظاهر **قال** رحمه الله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار
الحرب لا يجوز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الي
وقال الشافعي لا باس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرها في الكفاية المنتهى منها ان الامام اذا باع
شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم
شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار
الحرب شاركهم في الغنيمة وقوله ان سبب الملك ظاهر وقوله والثاني اي اثبات اليد الناقلة الى دار
الاسلام منعدم لقدرتهم اي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر
لكون المسلمين في ديارهم قوله ثم قيل موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد

هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع او لا فعنده يثبت
وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام لاجل
ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد
فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة
لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وفيما
لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول واما قيد القسمة بقوله
لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهد اجاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اي
حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد وتقليل
رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانهم اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما يتم به
القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة
في دار الحرب وعند محمد الافضل ان تقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد على خلاف
قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا
وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف كما ذكرناه وايضا قوله على قول ابي حنيفة وابي
يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن
تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله لا تقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد
عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله قول
ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح
لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي فيجيزه مطلقا
واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة لان
الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار

قال رحمه الله والردء والمقاتل في العسكر سواء والردء هو العون والمقاتل هو المباشر
في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا
او شهود حال الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا من الاستواء
في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل بين علمائنا في سبب
الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذن شارك المدد الجيش
في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوه في تاكد الحق بسبب ان يحصل بهم في حالة القتال او لما تنقطع شركتهم
بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه الغنائم فيها لان بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة
المدد وقوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر
في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا اذا قاتلوا فلهم السهم وقال
الشافعي يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير
السواد وقوله ولنا انه لم توجد المجاوزة واضح وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف

على

على عمر ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابة او تاويله ان يشهدها على قصد القتال
الا ترى ان الكفار يشهدونها وليس لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير
او فرس او بغل او حمار قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء
اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستأنفة في حالة البقاء فانه يجبر على
الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط
البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك وقوله وصار كما اذا نفقت دابته
يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله ويجبرهم في رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر
من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس لان في هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كالاستيجار
لسوق الغنم والرمك وحفظها وحمولتها لا يمنع صحة الاستيجار لاشتراكه في الحق كما في مال الميت
المال وقوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه
نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك ذكرها لقسمة في دار
الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك ولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار
للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله ولا بأس
بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري
في مختصره وقد شرطها يعني محمدا في رواية السير الصغير ولم يشترطها في اخرى هي رواية السير
الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وعلفه ظهره اي دابته ولفظ الظهر
مستعار لها والميرة الطعام فيعتبر حقيقتها اي الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل
السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب واما اذا اعتبر فيها الاكل
فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري
نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل من
دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت
لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع بل يرده الى الغنيمة
وقوله ويوقحوا به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل
عن المصنف بالراء التي الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء
خطأ لان الاول ههنا اولى و[illegible] قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان
ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله وتاويلها الى اخره انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لانه
اذا احتاج الغانم الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله وقد بيناه
اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان
يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك
قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله يباح لهم الانتفاع في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب
والدواب قال رحمه الله ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب.

ليتعلق الاحتراز به عن مسلم من دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده
واموالكلها فيء والفيء ما نيل من الكفار بعدما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله
لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكاف عن عبادة ربه فانه لما استنكف
عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط
الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان
الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول
احرز وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحربي وقوله وقيل
هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وفي الجامع
الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
في العقار انا اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما تريه مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد
الا ان كان عنه ايضا روايتان فقد هان الخطب اذ ذاك وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف
لان اليد على العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار احكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور
المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد تثبت وزوجته فيء
لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها
اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فيء خلافا للشافعي في الحمل هو يقول ان الحمل مسلم بتبعية
ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا انه جزؤها وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا يرى
انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فكما ان الحمل لا يصير حرا
عند اعتاق الام مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق
في الام وقوله والمسلم محل التملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم
محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان
مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده
الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار
الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم اتباعه وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا
كان او وديعة لان يده ليست محترمة اعترض عليه بان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل
لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده
كيد المسلم محترمة نظرا الى نفسه لا غير محترمة نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة
حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي انما يوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة
لم تكن ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية
ان لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها
جهة الاباحة الاصلية فلا يثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في
هذا الموضع لبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال الكرخي

فيئا

فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع
محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قال بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع
هكذا وذكر قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول
ابي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح
المطابق لرواية السير الكبير وشروح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونها وقاية لها والنفس
صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي
من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر
واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال
عليه بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن قولهما وقد صارت معصومة
باسلام وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة باسلامها الا يرى انها ليست بمتقومة حتى لا
يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض
كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله الا انها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست
لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة
لتقوم بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها
لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان وكان محلا للتملك فكان المقتضي
موجودا والمانع منتف لان المانع كونه في يده حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده
حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد احد فكان
فيئا وقوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا لم تقسم يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص
فانه اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه
ليس بغنيمة اذ هي المأخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة
به اي ان جاؤوا بما فضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام
تصدقوا به ويقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم
وقوله فاضل ظلمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل
المذكور حيث لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير حل له التناول منه فكذا يحل له
التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام
الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشايع في مكان معين وتقسيم
الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استعمل الاستثناء
للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع
اما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان
لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان

النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايضا
ايضا لانهم المستحقون ثم كيفية القسمة ان يعطى الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي حنيفة وقالا
وهو قول الشافعي للفارس ثلاثة اسهم ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالفتح والمد الاجزاء
والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار فالفرار ان كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من الجهاد
والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي
حنيفة ما روي عن ابن عباس وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان
الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قال
تتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويقول فعله
لا يعارض قوله لكون القول اقوى بالاتفاق وقوله واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره
اي سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس وقوله فيكون غناؤه مثل غناء الرجل
لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد
ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل
على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسايفة وكل منهم
مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه
والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعف وقوله ولا يسهم
الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم
والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب
الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد وهذا لا يسهم
لثلاثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل [illegible] في تقوية الدليل لان ما رواه كما سقط
بالمعارضة لا يحتاج الى الجواب عنه وتاويله والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذونة
وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم
والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف بعكس
الهجين وانما نص بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين
ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
الي عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب قال رحمه الله
ومن دخل دار الحرب فارسا هذا لبيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت
مجاوزة الدرب عندنا قوله وهكذا اي كقول الشافعي روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الاول
يعني بهما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان
والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال
الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن
المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت

الدرب

الدرب دخلت في دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب ودخلوا في صحن دار الاسلام وعنده حال
انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليله
يدل على ذلك وكان المصنف اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى
الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال
انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة رد لمذهبنا وقوله كالخروج من البيت يعني للقتال فانه
وسيلة الى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فكذلك في هذه
الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما سنذكر في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال
متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل
وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليها الاحكام ولنا ما ذكره
لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا بمجاوزة
الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف والمجاوزة
الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغير حكمه
بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام
القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له ان ينزل في بعض المضايق خصوصا
في الشجرة او في الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره قوله
وتوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى
ولاية المنع فيمتنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظاهر واعترض
عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح امانها لان الامان انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال
واجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال
بمالها وعبيدها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها
ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ سهمه سهم المجاهدين والاول ليس من عمله اي الدلالة
ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ قال رحمه الله
واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم ما مر كان احكام الاربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلاثة
اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم اي في الاصناف
الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين
ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب
الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة
وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا
كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم
ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد
شمس وبني نوفل ولذوي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشتركان ولنا ان الخلفاء

الراشدين قسموا الخمس على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم احد فكان اجماعا
وقوله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله
كره لكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق
من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء
فكذلك يجب ان يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات
عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا او لا
فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة اسهم وهو مخالفة
منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان هذا الحديث دل على شيئين
احدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثاني جعله على خمسة اسهم ولكن
قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين رضهم كما تقدم ولم
يقم الدليل على تعيين العوض ممن فات عنه المعوض فعملنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على
الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة
على الشهيد ولكن نقول الحديث دل دلالتان فاحداهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان
ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت انه عليه السلام اعطى
بني هاشم وبني المطلب اجاب بقوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الا يرى انه عليه السلام
علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن
جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني
هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به
فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انا وبنو المطلب
لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم
واذا كان كذلك دل على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد
بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام
ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة
وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته قال رحمه الله فاما ذكر الله في الخمس
لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص
فقال فاما ذكر الله في الخمس يعني قوله فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره وسهم النبي صلى الله
عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه بالرسالة لان
الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه
عليه السلام مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم
خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته

وسهم

وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا ان النبي صلى الله
عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ما ذكره
اولا كان في ضمن الاستدلال على القسمة على ثلاثة اسهم وهذا نقل الكلام صاحب القدوري قال القدوري
وبعده اي بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف وهذا اي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي
وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا ان
الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي
القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع ان في الاجماع
وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان راي علي رضي الله عنه في الخمس راي اهل بيته ولكن
كره ان يخالف ابا بكر وعمر والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان يترك
راي نفسه براي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ما روي دل انه كره المخالفة لانه
راى الحق معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اي في سهم
ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه
اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم
ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد حرم الزكاة
وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعي فليس بذلك لان
كون المصروف فقيرا ليس الا في حيز النزاع عنده فانه يستوي بين الغني والفقير وجه الاول
يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الراشدين كما قررنا اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة
كما تقدم في اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال قيل وهو الاصح لان صاحب المبسوط
اختار قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف
اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو
مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله
عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد او الاثنان ظاهر وقوله والمشهور انه يخمس ظاهر
ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير غاية خلوة لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار
كالتاجر لا يعتمد على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس
وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو ماخوذ قهرا وغلبة وما اخذه اللص
سرقة وما اخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخل جماعة لها
منعة المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو حنيفة يقول اذا دخل
الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذه حتى يصيروا تسعة
فاذا بلغوا ذلك فهم سرية وقوله اذ لو خذلهم اي ترك عونهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم
والله اعلم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم فتفصل عما قبله

بنفصل بيان نفل الامام الغازي اي اعطاؤه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا وقوله لا
باس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا باس تستعمل فيما يكون تركه اولى ليس يجري
على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى
يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف له عنه الى
الاستحباب بخلاف الجواب انه بعد ضد دليل قسمة الغنايم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل
قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب
وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف
ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل
وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا
ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال
وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل ولذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس
لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين في ذلك
لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين
ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان تجويزه باعتبار ان المنفل
له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثم ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احد
الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس
حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله وقال الا ان فيه روايته
يعقل بنصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون بنصب الشرع
اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال
ذلك يوم بدر فقد قال من اقتل اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب
فيحمل على الثاني يعني على التنفيل بما روينا من حديث حبيب بن ابي مسلمة دفعا للتعارض وقوله وزيادة
الغنا جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر غنا وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه
اعتبار معقول الزيادة او من قوله لان الكر والفر جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله
لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنايم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة
والناقلة فما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء وما لم يثبت
الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليله ان الحربي لا يثبت كونه
فيها كما يثبت بالتسمية في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان اصحابنا يقولون قسمة الامام
لا تصدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين حالا وكانت لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم
شهرته وقوله ووجوب الضمان متفرع على الاستيلاء وقوله فقد قيل على هذا الاختلاف في غيره
وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان
للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصاب به والاول اولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد

على قول

على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب من نفله
الامام يضمن لان الحق متاكد ولم يذكر فيه الخلاف فورود الضمان شبهة عليهما لان الضمان
دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه
ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على
احكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب على حدة وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض
كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي
الرجل المنسوب الى بلاد روم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله حل
لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان الماخوذ صار ملكا للترك كساير
اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء اي في دار الحرب بعد
الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع
الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع
بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود
الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم
وقوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال الكائن [illegible]
من المسلم والكافر انما ثبتت على منافاة الدليل لان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في
الارض جميعا يقتضي ان لا يكون مال مخصوصا بشخص وانما ثبتت العصمة لضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا
بالاحراز بالدار لانه اي لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ما داموا
في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا
فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول
الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه
على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض المغصوبة
فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الاخرة فلان يصلح سببا للملك في
الدنيا اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد
للمالك القديم من الغازي وقع في قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا العاقد
اجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم لان
ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال الملك
الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري
مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون واضح وقوله لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال
الا بالقيمة قيل عليه ان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت

لاهل الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين و
واجيب بان الملك ههنا ايضا يثبت بالعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن
مشروطة فيجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعني لو كان ما اخذه
الكفار من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة
والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا
لا ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا او وصفا يعني اذا كان
ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منه مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له
ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا
منه او بجنس آخر او بجنسه ولكنه اردى منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون
ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه يشتريه ابتداء قال رحمه الله
فان اسروا عبدا اي اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام
ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما
قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في
ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة وبهذا لو اخذه فانما ياخذه
بكله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد وقوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن المشتري شراء
فاسدا فان الاوصاف ههنا مضمونة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
واستشكل بهذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم تصر بالتناول مقصودا
الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن
ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما
يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالفين ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز
بيع الاخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا
كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن لانها
فيها حتى لو استهلك المشتري شيئا من الدار سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي
وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد
والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى
عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا ايضا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا
في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من
حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار اولا ثم البيع ان رغب
عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر
من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض المشترى
بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها

حالته في صورة العبد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا
استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله وان اسروا عبدا
صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن بانا لو اثبتنا حق
الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية
حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه يفوت في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك
القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى وقوله وكذا من سواه اي من
سوى الحر وقوله بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولا جنايته
من هؤلاء اي من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم
واذا لم يملكهم الكفار لم تملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم
لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء قال رحمه الله واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه
ابق عبد لمسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقي لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة
وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد العبد لتحقق
يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى لظهور يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب
فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء
ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع الملك لانه لا ملك بدون
الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب
في ايديهم اجيب بان يد اهل الدار من حيث الملكية في يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان
يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا يتبدل بيد الدار التي يشار بها الى الاسلام وفيه نظر لان
حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف
في المحل كيف شاء وحين دخل العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فلو قيل
لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم
زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان توجد اليد بلا ملك كما
في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد يعني في
دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده وقوله الا وهبه لابنه
الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما تمنع ثبوتها لنفسه فان استولى عليه المشركون ملكوه واذا لم يثبت
الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا او مشترى اما اذا كان موهوبا
فظاهر لانه اخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشتري فلان المشتري قد ملكه بغير اخذه فكان
متبرعا حتى لو امره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة
واما اذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع على شركائه في
الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين
ومال بيت المال المعد لذلك وقوله وليس له اي للغازي او للتاجر جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه

انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الآخذ على قصد الرد الى المالك وقوله وان ندّ اليهم بعير ظاهر
وكذلك قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على قول ابي حنيفة
ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا
لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكافر عليه فلا يصير ملكا لهم
واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها
ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
او ذميا او اسلم احد ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل
الذمي ملتزم احكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس كذلك اجيب
بان الامان ينافي ابقاءهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان
بالامان ملتزما ما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه ابي حنيفة ان تخليص المسلم
عن ذل الكافر واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان
لان مال المستامن معصوم ما دام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا دخل في دار الحرب زالت عصمة
ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية نقيم
شرط زوال العصمة المال وهو تباين الدارين مقام علته لازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة
اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم
جعل المثبت للشيء مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه
فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة
هي ان البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين
سبب الملك كان لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص
تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على انا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم
يكن الشيء الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشيء اسهل من الابتداء اذا لم يعترض لبقائه
ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في يد الكافر صعب يزيل سهولته وقوله كما يقام مضي ثلاث حيض
تمثيل للمسألة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام
علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا
اسلم احد الزوجين بدار الحرب وقوله واذا اسلم عبد لحربي ظاهر وقوله لما روي ان عبيد الطائف الى
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة
منها فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله ولانه اي متصل
بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق متصل بقوله او ظهر على الدار وقيل بقوله مراغما اي مغاضبا لمولاه
لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه وثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التخليص فصار كمال الحربي
الذي دخل به مستامنا الى دارنا والله اعلم

باب المستامن

لما فرغ من بيان
الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستيمان لان طلب الامان

انما يكون

انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر
حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير حيث اي فان
الغدر ليس بحرام فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من اهل الحرب غيلة واخذوا اموالهم وفعلوا
ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض
وان اطلقوهم طوعا لانه لم يستامن صريحا حتى يكون غادرا باخذ اموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا
اي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البائع ووطيها للبائع كان
مكروها فكذا للمشتري وقوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في
نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بينا
يعني في اوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الى
اخره واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي اي باعه بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة
الابتياع بالدين وقوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء
على المستامن وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله
واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه اي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا
فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب اذا كان
هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر
بهم وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب الكافر فقد ذكر
في مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكر فيما اذا
دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فانهم يملكونه وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى اخره وقوله ولو خرجا مسلمين ظاهر وقوله وفي الغصب
حربيا اي غصب شيئا من حربي وليس هذا بمخصص في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب
والحربي مستامنا فالحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطاء هكذا ذكر
من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام قاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة ثم قال وقال ابو يوسف
ومحمد عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به
في دار الاسلام ولابي حنيفة ان تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره
من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا يبطل بعارض الدخول بالامان
لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستامن منهم لما كان على قصد
الرجوع كان كانه في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما
ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل
بعارض الدخول بالامان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولابي حنيفة
انه بالاستيمان تبعا لهم يعني واهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله

وهذا توضيح للتبعية وقوله فيبطل ابدا لاحراز اصلا اى يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار
كالمسلم الذى لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة
بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهى بالاسلام **فصل** فصل هذه المسائل
عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر
والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار عياله والجلب والاجلاب الذين يجلبون
الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم الامير اليه بكذا او فى كذا اذا امره
به وقوله وللامام ان يوقت فى ذلك ما دون السنة يعنى انه تقدير الحول ليس بلازم بل لو وقته
الامام اقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك
فى ديارنا يصير ذميا قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضى المدة المضروبة كان عليه
الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون
شرط عليه انه اذا جاوز السنة ياخذ منه الخراج فحينئذ ياخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الى
قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا وضع عليه الخراج فهو
ذمى قال فى النهاية وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا
من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فالرضى
بوجوب الخراج عليه رضى لان يكون من اهل دارنا وقوله فتعتبر المدة من وقت وجوبه اى وجوب
الخراج وقوله فى الكتاب اى فى الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح من محمد بشرط
الوضع اى بان وضع الخراج عليه شرط فجعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج الارض
بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا
بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع
فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار
اليه المصنف من قوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله فيتخرج عليه اى على ان الوضع شرط احكام
جمة فلا يغفل عنه اى عن شرط الوضع وهى المنع عن الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه
وبين المسلم ووجوب الضمان فى اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام
انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع
وقوله واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذلك عكسه وكذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان خلا
ان قوله لانه يد المودع كيده منقوض بما اذا اسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار
الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا فلم تكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع
اذا اتفقتا عصمة وقت الايداع وفى صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة **قال**
رحمه الله وما اوجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس او البعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا
وقوله وما اوجف المسلمون عليها اى اعملوا خيلهم وركابهم والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او
الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اى اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى

ولا يتعدى

ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضى اى هو مثل الاراضى التى اجلوا عنها اهلها ومثل
الجزية وقوله وقال الشافعى فيهما اى فى الاراضى التى اجلوا اهلها وفى الجزية وفى بعض النسخ فيها اى
فى الاراضى والجزية والخراج وقوله ولانه اى ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير قتال
يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اى الغنيمة بتاويل المغنوم
مملوك بشيئين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون
الباقى بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفى هذا اى فيما اوجف المسلمون السبب واحد وهو ما ذكرناه
يعنى قوله انه المأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله كما قلنا من قبل اى فى باب الغنائم و
قسمتها وهو قوله وزوجته فىء لانها كافرة حربية الى اخرها وقوله واما اولاده الصغار ظاهر وقوله
واما اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان
غصبا فى ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع
واذا اسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة
فى الخطأ وقال الشافعى تجب الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم
وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر فى استحقاق
الكرامة وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار لانها جماد لا اثر لها فى استحقاق
الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص
كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام وهذا اى وجوب الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد انما كان مبنيا
على وجود العاصم الذى هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم
انه ياثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهى ثابتة فيما نحن فيه اجماعا
فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما فى اى موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اى فى اصل العصمة
لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة
المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة
والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام والعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى
الذى اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة مؤمنة وكان ابو حنيفة يأول هذه الاية بالذين اسلموا فى دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول
عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى بين حكم المؤمن الذى قتل خطأ فى دار
الاسلام وبين المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا حتى فى الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم فى الاول الدية
والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وفى الثانى الكفارة دون الدية وذلك
من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء وانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل
الموجب ضرورة والثانى انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضى انتفاء غيره لانه فصل الشارع
فصلا خرج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فكان
غيره من تتمة هذا الحكم لذكره فى موضع البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة بالادمية دليل معقول

على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ويحتمل على ما قال ان العصمة المقومة ليست من
كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق
متحملا اعباء التكاليف باثقالها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالادمي وجب عليه القيام باعباء
التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض له لانه انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمي وجب ان
يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام
عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اي للادمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل
مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للادمية اما
العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بتجبر الفائت في الاموال دون النفوس لانه
انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة
ولا معنى على ما عرف في الاصول وكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة ومن هذا علم ان العصمة
المؤثمة اصل مستقل في شيء والعصمة المقومة اصل مستقل في شيء آخر وليس احدهما بكمال في
الاخرى ولا وصف زايد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة
والعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا
كانت العصمة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب
لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها واذا لم تكن منعة لا يوجد الاحراز واذا
لم يوجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا انه يتوهم
ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا بالمحافظة
والناقلة فقد استولوا على مال مباح محل وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله والمرتد والمستأمن
جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما
وكون المستأمن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فلذلك لانه يقصد هربا من القتل
وقوله ومن قتل مسلما خطأ الخ واضح واعترض على قوله وهو العامة او السلطان بان الترديد
يفهم ان ولاية القصاص توجب مستوفيا كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب بان الامام
ههنا نايب عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب والله اعلم

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر
استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية
والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما يأخذه
السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم والحجر بفتح الحاء يعني
الصخر لانه وقع في ما لابي يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك ان من روى بسكون الجيم وفسره
بالجانب فقد صحف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة تنسب اليها الابل المهرية
سمي ذلك المقام به فيكون مهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل
عالج اسماء مواضع والمشارق الشام اي قراها عرضها والسواد اي الاراضي سواد العراق اي قراها

سمى

سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزرعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن
الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طولا وقيل في
موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول
العراق شرقي دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل يعني في اول باب الغنائم وقوله
والخراج اليق به يعني من حيث انه في معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع
والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة ان تكون خراجية لانها
فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق
على العرب فكذا لا خراج في ارضهم وقوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني سواد
قسمت بين الغانمين او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة وقوله
ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق يحمل على المقيد
وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت في حيز ارض العشر وانما
كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم
يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو المسقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص
وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب
الخراج اذا سقاه بماء الخراج واليه اشار شمس الائمة وقوله والبصرة عندنا عشرية جواب
اشكال يرد على قول ابي يوسف فيما ذكر ان الاحياء في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية
فحيزها الارض الخراجية فان احياها مسلم يجب عليه العشر ووجهه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع
الصحابة وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكم دليل ابي يوسف على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الملك
يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاختصاصه بملكه فكذا ههنا يعطى
هذه الارض المحياة حكم جارها لاختصاصها به ولا يخفى في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون
خراجية تكرارا لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد
ويزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية
ونماؤها بمائها **قال** رحمه الله والخراج الذي وضعه عمر اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة
وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طوله ستون
ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة قفيزها صاع وهو
الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضيخان في فتاواه او مما يزرع فيها على ما ذكر في
شرح الطحاوي ودرهم وقوله والكرم اضعفها يعني واكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع
اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما
ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة
وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر فيعتبر فيه
الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله والبستان كل ارض يحوطها حائط

حائط ظاهر وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة
وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استاصله حر شديد او برد
شديد او نحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول
وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة
اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على الحقيقة
عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم بكونه
الوصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة
لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس
الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج شيئا جاز اسقاطه
والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج
يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان تزرع الارض ثانيا اما اذا بقي
فلا يسقط الخراج قال رحمه الله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية
صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة و
المالك يتمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام
ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ
ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ
الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة وقوله
قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى
وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى
به كيلا تتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه
لكونه واجبا اجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع
الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر وقوله من غير
كراهة احتراز عما يقوله المتقشفة انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحراثة فقال
ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا
اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولانه
الصغار اذا كان قائما يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف خراج الرؤوس فانه ذل وصغار ابتداء
وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين مختلفين والمصرفين مختلفين
اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فلان سبب الخراج
الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف فلان مصرف الخراج
المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم

وقوله

وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم
يثبت الحكمان وقوله ولهذا يضافان الى الارض يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف
الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة
التجارة عندنا وعند محمد عليه زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ومبنى هذا
اختلاف في المحلين ان محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل
واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض
النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب
ملك مال واحد حقان لله كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه
لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط
المالك وهما اسبق ثبوتا من زكاة التجارة لان زكاة وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما
كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب
للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان وان كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر والله اعلم

باب في الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج
الرؤوس وهو الجزية وانما قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربة
مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع جزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي
عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الجنايات فكيف
يصح اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقريرهم على الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل
والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق
قوله وهي على ضربين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا يسمى
حلة حتى تكون ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي اي الموجب لتقديرها ما وقع عليها الاتفاق وهو
التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان غلبوا
وقوله فيوضع على الغني الظاهر قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا
لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل ايضا
فعليه اربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا
فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل
القتال حتى لا تلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على
العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان
مختلفة في المعنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد وبالبصرة
لا يعد من المكثرين وفي بعض البلاد ان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد
وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة

او عمله معافر اسم ا واحد مثل دينا برحاسن اهل هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن
مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليهم هذا النوع
من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه
وجب نصرة للمقاتلة وكلما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا كما في خراج الارض وقوله وهذا اشارة
الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا
عن النصرة للمسلمين ببدنه النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار
بالنفس والمال لقال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله
ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح
لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس
ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر راجلا ومتوسط الحال ينصر راكبا وراجلا
والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تتفاوت الخلف الذي قام مقامه
فان قيل النصرة طاعة الله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان
الخليفة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة
الحاصلة بسبب اموالهم يعني لما لم يعاونوا دورا بهم للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل
على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال رحمه الله وتوضع الجزية على اهل
الكتاب وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب
حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس روى البخاري
عن عمر انه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها
من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطف على اهل الكتاب وقيد
بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب وفيه
خلاف الشافعي وكلامه ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم
لان كل واحد منهما على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما
الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال ان نفقته في كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حياته
الى المسلمين دارة راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب
الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك المعنى اثر وهو ان
الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب
ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان
المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله فان ظهر
عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية عليهم ونساؤهم
وصبيانهم في اي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان
كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في

العقوبة

في العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي صلى الله
عليه وسلم معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وتقبل
منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب لجواز استرقاقهم دون عبدة
الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل
بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا تقبل منهم الجزية
الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية وعن الثاني بان مراده صلى الله
عليه وسلم عرب الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الاصل
وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم اسوة وقوله وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهم قد
تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم في لان
ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونساءهم
لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت
في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف
ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة
الكذاب وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة
في العقوبة وقوله لانها وجبت عن القتل يعني في حق المأخوذ منه او عن القتال اي عن النصرة
في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل والقتال لا يتحقق
في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان
وقوله واطلاق حديث معاذ رضي الله عنه هو قوله صلى الله عليه وسلم خذ من كل حالم وحالمة وقوله وعلى
اعتبار الثاني لا يجب يعني ان الجزية بدل عن الامرين بحكم تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية
لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني
لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي
صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على ما كان
الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزيتين بسبب
شيء واحد وذلك لا يجوز وقوله ولا توضع على الرهبان قال رحمه الله ومن اسلم
وعليه جزية سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او اعمى او صار زمنا او مقعدا او
شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء
كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي له انها وجبت بدلا عن العصمة
او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض وكلما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه المعوض لا يسقط
عنه العوض بهذا العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا
استأجر منا في الدار المستأجرة ثم اسلم او مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي
سنا في الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط

عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان الجزية وجبت بدلا عماذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تعالى امر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدونه من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيد ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها للجهاد ولا تصلح ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية لتوخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح الا يرى ان الجزية لا توخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم تلزمهم النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم جزية رواه ابن مسعود وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل الانصاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا تكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة الى اخره ظاهر واعترض بانه لا تختص الجزية فيما تقدم بالاستحقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع ان كل منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول ولا صغار بالاسلام فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله والعصمة تثبت لكونه آدميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للادمي من حيث انه آدمي لما تقرر انه خلق متحملا اعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالادمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا فالجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى بالشراء او غيره من الاسباب فلا يجب عليه البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان تكون عن النصرة ايضا الا يرى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير

المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس قال رحمه الله فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت فعل الحولين اما باعتبار رخص المضاف اي اجتمعت جزية الحولين واما بتاويل السنتين واتي بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ والابهام في قوله وجاءت سنة اخرى على ما نبينه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليها الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله كما في الخراج فيه اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه استوفي كما في سائر الاعواض وقد امكن لان الغرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة ينافي معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب من ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونها بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينهم يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا لا تقبل منه لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب موضع القلادة من العنق وقوله ولانها وجبت بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لان الوجوب عند ابي حنيفة باول الحول يجب وهذا ضرب من المجاز لان مجيء كل شيء بمجيء اوله واوله في مجيء المجاز للجواز ان مجيء الشهر يستلزم مضي الاخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية تجب باول الحول والتأخير الى الحول تخفيف وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الى اخره ومعناه الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وصلاحه للحول هو المحلل من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوبها لا اداؤها والله اعلم

فصل لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيتيه والاخصاء في معناه خطاء ذكره في المغرب والمناسبة بين الخصاء والكنيسة في دار الاسلام ان اتخاذ الكنيسة لاهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة الفحولية

الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء فلو رمز
الكنايس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه السلام ولا كنيسة اى لا كنيسة اصلا فهو نفى بمعنى النهى اى
لا تحدث كنيسة فى دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا
فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى قوله والصومعة للتخلى
فيها بمنزلة البيعة اى لا يمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع
الصلوة اى صلاة الذمى فى البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروى عن صاحب
المذهب اى عن ابى حنيفة والمراد بالمروى هو ما ذكره انفا بقوله وهذا فى الامصار دون القرى قوله
فى جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات
قد احاطت بها وقوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير
لما ذكره القدورى كانه قال وكيفية التميز ما ذكره فى الجامع الصغير الى اخره والكستيج خيط غليظ
بقدر الاصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله
صيانة لضعفة المسلمين اى الضعفة فى الدين لا البدن اى يفعل ذلك بهم لكى يكونون فى اعين المسلمين
الذين لم يتصلبوا فى دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر لاجل سعتهم فى الرزق
والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبى صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ونصارى
نجران ولا مجوس هجر بذلك فتكون بدعة اجيب بانهم فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين
فى المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم فى زمن عمر لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف
وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا لما قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق
معه وقوله فانه جفا فى حق اهل الاسلام اى ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان فى الامر لاهل الذمة
بتميزهم مما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه
فقد اهان صديقه معنى وقوله ان لا يركبوا الا للضرورة يعنى كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض
الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التى تقدمت يعنى كهيئة الاكف وقوله لانه ينتقض ايمانه يعنى كان
مسلما وسب النبى والعياذ بالله ينتقض ايمانه فكذا ينتقض امانه وذمته قوله وكذا حكم ما حمله من ماله
يعنى ان الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفى يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد
اللاحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد
يعنى بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده والله اعلم **فصل** ذكر نصارى
بنى تغلب فى فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه
واضح والاصل فيه ما ذكره ابو يوسف فى كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن
النعمان التغلبى انه قال لعمر رضى الله عنه يا امير المؤمنين ان بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء
العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رايت ان تعطيهم شيئا فافعل قال
فصالحهم عمر رضى الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم فى النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة
وعلى ان يسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصرانى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شىء حتى يبلغ

اربعين

اربعين فاذا بلغت اربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة
ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم
شىء فى ذلك فعلى التغلبى مثله مرتين ولنسائهم كرجالهم فى الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شىء
وكذلك اراضيهم التى كانت فى ايديهم صولحوا ان يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله
والمرأة من اهل وجوبه مثله اى مثل ما وجب بالصلح وقوله الا ان الجزية لا يراعى فيه شرائطها اى فيما اخذ
منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما
والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر وقوله ويوضع على مولى التغلبى الخراج اى الجزية وخراج
الارض بمنزلة مولى القرشى اى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشى ويؤخذ من معتقه
فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى قوله ولنا ان هذا اى
اخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعنى لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى
لا يلحق بالاصل فيه اى فى التخفيف ولهذا اى ولكون المولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف توضع
الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب
التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هى تخفيف بالتخليص عن الدنس
بالاثام وقد الحق مولى الهاشمى فيها بالهاشمى اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الى اخره
وقوله فى حقه اى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغنى لم يلحق به
فى حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهو ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان
الغنى من اهلها اى من اهل الصدقة فى الجملة ولهذا حلت اذا كان عاملا وانما الغنى مانع ولم يوجد
فى حق المولى اما الهاشمى فليس باهل لها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق
به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بنى هاشم لتشريف لهم وفى الحاق الموالى بهم زيادة
فى التشريف وحرمتها على الغنى لغنائه وفى الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما تمسك
به زفر من الحديث وهو انه غير مجرى على عمومه فان مولى الهاشمى ليس كهو فى الكفاءة بالاجماع
فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم
يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسى القياس فى الكل سواء وهو ان لا يلحق مولى القوم بهم
الا ان ورد الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم وهو ما روى ان ابا رافع سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتحل لى الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص
من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معناه وورد فيه النص لان
ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبى ليس من
ذلك فى شىء قوله وما جباه الامام اى جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقناطر
ما لا يبنى والجسور ما يبنى وقوله وهؤلاء عملتهم اى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة
جمع عامل وقوله فلا شىء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من
امور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الاسلام

كلار زوج النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث
العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في آخر
السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون اقرب
الى الوفاء والله اعلم

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام
الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصلي وكل ما
واضح وقوله الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب
عرض الاسلام على المرتد بهكذا روى عن عمر رضي الله عنه لانه رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال
ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول يعني قوله ويحبس ثلاثة ايام انه يستمهل
اي يطلب المهل فيحبس ثلاثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس
بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة
ايام نصب الحكم بالراي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة
النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورد فيه لان التقدير بثلاثة ايام هناك انما كان
للتامل والتقدير بها هنا ايضا للتامل قوله ولانه كافر حربي بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستامن
لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لا يقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلايل يعني قوله تعالى
فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان
كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت
او امة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
وهذا الكلام يتم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة
للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة يناط بها عقوبة متغلظة
وردة المراة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان يشاركها في موجبها لان الاشتراك
في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات ما يدرأ
بالشبهات بالراي ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان القتل جزاء الكفر والاصل
في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله تعالى
علم لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء وانما
عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من
النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة
الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه
السلام لم يقتلها لمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها
ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس بمجرى
على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه
بما ذكرنا من المعنى ولكن يحبس ظاهر وعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة

والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى
خدمتها دفعت اليه وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف انما لم يذكر الجبر فيما ذكرنا يعني
انها امتنعت عن ايفاء حق الله بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر
والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير
شرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال
وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل المولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف
دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى قال
رحمه الله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا
مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا عند ابي
حنيفة وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن
من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص
والجارح اذ كل منهم مكلف مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل
الا بالحراب فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل
الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد
من لازمه وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه و
مالكيته لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم
ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار
عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من
اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا
بزوال موقوف فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم
يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب
عمله وزال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا
الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وافضى الى الشك
وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله
في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته وتجدد الايمان
فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله وان مات او قتل على ردته اعادة لانه بلفظ القدوري
والاول كان لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال
ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضايع وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى
قوله ويستند يعني التوريث الى ما قبل ردته فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثه ورثته
من وقت الاسلام ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب الاسلام لوجود
اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة

ومن شرطه وجوده قبلها اي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث
المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حالة الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز
ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة
بان اسلم بعض قرابته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه في رواية عن ابي حنيفة وهو رواية
الحسن عنه اعتبارا للاستناد بمنزلة الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلثة الموت
والقتل والحكم باللحاق بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صارت كان الوارث ورثه
حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي حنيفة وهي رواية
ابي يوسف عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث بل
يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل القسمة
ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية
محمد قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلثة سواء كان موجودا
وقت الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في
الولد الحادث من المبيع قبل القبض فانه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن قال
في النهاية وحاصله ان على رواية الحسن هل يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه
باقيا الى وقت الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فانهما
لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف
الثاني دون الاول وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا
لانها سبب الهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق
البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة يستند التوريث الى ما قبل
الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت
والمراة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث
حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث
المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من اثار النكاح من الدخول
وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي حنيفة فان ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء عنده وفرق
بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا تقتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان
المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة
نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها
كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي
مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا ماتت وهي في العدة الا يرى انه لو طلقها
قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته فههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا
يرثها الزوج وجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها ابطال حقه وبيانه ان حقه تعلق بمالها

بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج
بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم يتعلق حقه بمالها لانها لا تقتل
بخلاف الرجل فلا تكون في حكم الفارة المريضة فلا يرثها زوجها منها قال رحمه الله وان لحق
بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده
وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال
الشافعي يبقى ماله موقوفا وهو احد قوليه لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع
كونه غيبة كما ترى وضعيف جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة
فلانه بين اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل احرازه نفسه بدار الاسلام
حتى عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي له حكم اهل الحرب في دار الحرب هم كالميت
في حق المسلمين قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولانه ولاية الالزام منقطعة كما
هي منقطعة عن الموتى الا انه قد يستقر لانقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد
من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي تثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله عتق
مدبروه الى اخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير في لتقرره للحاق وقيل
للسبب وهما متقاربان وقوله هذا رواية عن ابي حنيفة هو رواية زفر عنه وقوله وعنه
اي عن ابي حنيفة انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله وعنه
اي عن ابي حنيفة ايضا وهو رواية ابي يوسف عنه على عكسه وهو انه يبدأ في قضاء الدين بكسب
الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين اي المداينتين مختلف وتقريره ان المستحق
بالسببين مختلف والمودى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مودى
من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين
باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف اداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم
وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه
الخلافة الفراغ عن حق المورث فيتقدم الدين واما كسب الردة فليس مملوكا له لبطلان اهلية الملك
بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر بان لم يكن له كسب الاسلام
فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يودى منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك
فيما اكتسبه بل يكون مالا لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه وقوله وجه الثالث ان
كسب الاسلام حق الورثة تورث وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين
من خالص حقه اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام
لتعلقه بحقه وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا ينافي قوله اما كسب الردة فليس مملوكا
له لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون
متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن
حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه حقه وليس ملكا له وكذا الذمي اذا مات

ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بالمال عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام
قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث
بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه والآخر بعرضية
ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما
يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما والله
اعلم قال رحمه الله وما باعه او اشتراه ذكر التصرفات التي تختلف علماؤنا في نفاذه
وتوقفه وقال وهذا عند ابي حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل العقود وليس الخلاف
فيه مذكورا فهذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع
في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة
الملك وتمام الولاية يشير بقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد
فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه ويرث هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان
حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فلذلك استيلاده حيث لا يحتاج
الى حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح من العبد مع
قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق
من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على
انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لان كل واحد من النكاح والذبيحة
يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان
المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية
ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد
حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب
بان المراد بالملة ما يثبت بها نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض
من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح
نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف تتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس
واهل الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت
المصلحة متصلة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتد اذا فاوض مسلما توقفت فان اسلم نفذت
المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو
ما عددناه يعني قوله وما باعه او اشتراه الى آخره وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف
محتاج الى آخره وقوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني
فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولده بعد الردة يعني
لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا
الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك صح تصرفه لكونه على الاتصال

المذكور

المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدم من قوله ولانه
حربي مقهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليها اي على توقف الملك وقوله لتوقف
حاله لما صار حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله فكذلك المرتد يعني حاله يتوقف
بين القتل والاسلام ثم هناك اذا اسلم نفذ وان قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا
واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته و
الاعتراض بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله واستحقاقه القتل جواب عن قولهما ولا خلل
في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة وليست بموجودة
في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب
العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد
به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا الخلل في الاهلية
مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق القتل وقاتل العمد
موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار
بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية
وقوله بخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال رحمه الله فان عاد
المرتد بعد الحكم بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما
وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل
دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الائمة الحلواني
في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه
هكذا الا انه خارق العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له لانه ازال في
وقت كان فيه بسبيل من الازالة فنفذت وبخلاف امهات الاولاد والمدبرين فانه لا سبيل
له عليهم لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان
في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا
كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جاء مسلما قبل
قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون
بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه
لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر وقوله فلما
قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة اشهر حكم الاكثر منها وانما
قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث اباه
المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا
لابيه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا
يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال

فهو فئ اى المال فئ دون نفسه ويجوز ان يكون المال فيئا دون نفسه كمشركى العرب وان لحق
ثم رجع يعنى وان لحق وحكم القاضى بلحاقه ثم رجع واخذ ماله والحق بدار الحرب فظهر على ذلك المال
فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو
مال الحربى واذا ظهر على مال الحربى فهو فئ لا محالة والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى
بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا
فان لم يكن القاضى حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففى ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق
بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفى بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة
فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه
الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذى اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه
الى ابطالها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضى باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على
ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحتمل ابطال الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد
اذا عاد مسلما اخذ ما وجده بعينه فى يد وارثه ولا الى الثانى لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته لانه فى الولاية خلافة احتيالا للابقاء وحكم
فى صحة الكتابة فكانه وكيله فى كتابة عبده وحقوق العقد فيه اى فى عقد الكتابة ترجع الى الموكل
واما ان الولاء للمرتد الذى اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل من جهته وان بدل الكتابة
غلوقتها اذا رجع مسلما يجعل اداء بدل الكتابة لان الملك الذى كان له لم يبق قائما حينئذ **قال**
رحمه الله واذا قتل المرتد رجلا خطأ وهو واضح وقوله لانعدام النصرة يعنى ان التعاقل انما يكون
باعتبار التناصر واصله لا ينصر المرتد فتكون الدية فى مال اكتسابه فى ردته وما هو المكتسب
فى حال الاسلام دون الردة عند ابى حنيفة وعندهما الكسبان جميعا وقوله وعنده مال
المكتسب مبتدأ وخبره وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصل عن الصفة وقوله كما الاول
يعنى اذا مات على ردته وقوله فاهدرت يعنى السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص فى العمد
والدية الكاملة فى الخطأ لان قطع اليد صار نفسا بحلولها اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من
ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار
يعنى اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر
فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة وقوله فان لم يلحق واسلم يعنى ان قطع يد المسلم ثم ارتد
والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وقوله فى جميع ذلك اى فيما اذا
مات على ردته او لحق ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا
ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله ان الردة معنى لو مات عليه لم تجب بالسراية شئ فكذلك
اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه وتناسخا البيع ثم مات العبد لم يجب
الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ لان الاقدام على البيع
ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد حربى فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت حيث

لايجب

لا يجب ضمان النفس فى الاول ولا ضمان اليد فى الثانى بناء على الاصل المذكور ان المهدر لا يلحقه
الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل
معصوم لان الفرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقى ظاهر وقوله وصار كقيام الملك
فى حال بقاء اليمين يعنى اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار
عتق اما لو عدم الملك عند اليمين وعند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست
بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتتحقق من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك
لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجنى عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان
بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام فى شرح
الجامع الصغير ان قول محمد وزفر قياس وقول ابى حنيفة وابى يوسف استحسان ولم يذكر فى الكتاب
ما اذا كان القاطع هو الذى ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان
عمدا فلا شئ له لان الواجب فى العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته او مات
وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم
اذا كان خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته دية
النفس واذا كانت الجناية منه فى حال ردته كانت الدية فى الخطأ فى ماله لما بينا ان المرتد
لا يعقل جنايته احد وقوله واما عند ابى حنيفة ابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر
والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق
ما ذكره ان المكاتب يملك اكتسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة
الموت فلان لا يتوقف باللحاق الذى هو شبهة الموت اولى واذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الاكساب الحاصلة
بسببه واستوضح ذلك بقوله الا يرى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق
فلان لا يتوقف بالادنى يعنى الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة فى المانعية عن التصرف
لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة
كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات كلها فلما لم يتوقف تصرف المكاتب
مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مرتدا اولى قال صاحب النهاية قلت لشيخى فى هذا
لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنع كل واحد منهما
على الانفراد جاز ان يمنعا عند الاجتماع لان للاجتماع تاثيرا كما فى الشاهدين ثم اجتمع ههنا
للمكاتب ثلاثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف
قال اما الكتابة فهى مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة فى المنع
عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود
بل الرجحان انما يثبت بوصف فى العلة لا بالعلة نفسها الى هنا لفظه وارى ان الجواب بحسب
النظر غير مطابق للسؤال لانه ما ابرز السؤال من حيث ان احدهما علة المنع تعارضه علة الاطلاق
ورجح بالاقوى بل ابرز من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بنا

على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما
يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل من تركيبها امر خارجي واعتباري حقيقي لا فرضي ولا
يمكن ذلك من الرق والردة قال رحمه الله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله قيل قوله
فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت بدار
الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن
الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع
فالجبر هنالك جبر هنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله ولا يجبر ابن الابن هو ظاهر الرواية لانه
لو كان مسلما تبعا للجد لكان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام
ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر
تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفريع والتفريع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في
النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة
الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب في تلك المسائل
اما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي مما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان
فقيرا او عبدا او مجنونا هل يجب فطرة الحافد عليه ام لا واما صورة جر الولاء فلا تم اذا اعتق
الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد او لا يكون وصورة الوصية للقرابة
اذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد او لا على الروايتين وذكرنا
هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد الصبي الذي يعقل
ارتداد يعني يجري عليه احكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان
ادرك كافرا ويحبس وتوجيه مذاهب المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لزفر والشافعي انه
اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني صحة اسلامه بطريق
التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة في شيء
القدرة والعجز تنافي واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي
الآخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل آخر وهو واضح وقوله وافتخاره به مشهور يشير الى ما قال رضي الله عنه
سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واختلفت الرواية في سنه حين اسلم وحين
مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي عليه السلام
دعاه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون فانتهت
مدته على ما اذا ضم خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال العيني اسلم وهو ابن سبع
سنين ومات وهو ابن ستين وقوله ولانه اتى بحقيقة الاسلام دليل آخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق
به سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق بالاصل وهو ما يتعلق ويجوز
ان يكون خبر مبتدأ محذوف قولها الحكم الاصلي على تقدير ان يكون نفيا ويجوز ان يكون قوله ما
يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام يشوبها

المضرة وعن هذا بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة الوقوع
فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف
سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا
ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به وكمن صلى في اول
الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه
فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الجهتين مؤيدة بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندي اذا
سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان ايضا وقوله
ولهم اي ولابي يوسف وزفر والشافعي وقوله ولابي حنيفة ومحمد فيها اي في الردة انها موجودة
حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان
رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة وذلك
جمع بين الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب
انه ليس قياسا لوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع
فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه
وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال في النهاية فيه نظر لانه
اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه
حتى عاقبه في النار بخلود اكساب الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي
واشار اليه في المبسوط ثم قال فالاولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط
وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والله اعلم

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده
والبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة
الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل
لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فكانوا في ذلك كالمرتدين
واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا فعل ذلك باهل حروراء بالحاء المهملة ممدود وهي موضع
قريب بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب علي بابي موسى الاشعري بينه وبين معاوية
قائلين بان القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الاية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى
ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضي الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم
ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بادون من بيض حمام وفيه
التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض منهم
اخوة وكلامه واضح وقوله والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن عن ابي
حنيفة ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته
لقوله عليه السلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام اما اذا كان

المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبيل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين
فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي
تبغى فان الامر للوجوب وقوله اجهز واتبع على بناء المفعول ويقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت
قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسيرهم مشغول على ولا يكشف ستر اى لا تسبى نساؤهم لا
بن ان اصحاب على سألوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكون عائشة والقدوة اسم
لما يقتدى كالاسوة اسم لما يتأسى ثم يقال فلان قدوة اى يقتدى به وقوله لما ذكرنا اشارة
المعقول يحبسهم الى قوله دفعا للشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله المنقول على وقوله
اما عدم التقسيم فلما بيناه اشارة الى قول على ولا يؤخذ مال وقوله ولانهم مسلمون وقوله
وارجعوا يعنى يلحق اهل البغى من المصر قبل ذلك اى قبل اجراء احكامهم على اهله وقوله في الوجهين
اى في الوجه الذى قال انا على الحق وفي الوجه الذى قال انا على الباطل وقوله رواه الزهرى قال
الزهرى وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم
اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال
اتلف بتأويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام لاعتقاد الاباحة يعنى ان الباغى اذا
اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولهما
فيما ابى لابى حنيفة ومحمد في قتل الباغى العادل وقوله فيعتبر الفاسد اى يعتبر التأويل الفاسد
في دفع الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اى التأويل الدافع للضمان وقوله لمن يبيعه بالكوفة يعنى بيعه
بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا واما فالحكم في غيرها كذلك وقوله لانه بالصنعة
يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه الا ترى انه يكره بيع المعازف
قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا
بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اى لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابى
حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذ خمرا سيأتى
في باب الكراهة ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذى فيه دفع الهلاك عن
نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحى
مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الريبة مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه احياء
وقد قال تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء
باسم ما يؤول اليه لما انه يلتقط وهو حر اى في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا
في شرح الطحاوى وقوله لان الاصل في بنى آدم الحرية لانهم من آدم وحواء وهما حران والرق لعارض
الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية
وقوله هو المروى عن عمر وعلى روى عن على انه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر
مثله وقوله والخراج بالضمان اى له غنمه وعليه غرمه اى غلة العبد المعيب للمشترى قبل الرد لانه

قبل الرد في ضمانه يقال خارج غلام اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله في بيت
اى في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع
وقوله الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية وقوله ليكون دينا اشارة الى انه انما
يصير دينا اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفى ولا يشترط
ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه لو كان من اهل الولاية
من اهله وامره غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي والصحيح انه لا
يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من
التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله معناه اذا لم يدع الملتقط
نسبه يعنى اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى و
لاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اى في حق النسب وقيل يبتنى
عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من غيره وقوله لو
ادعاه الملتقط اى ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابنى بعدما قال انه لقيط قيل
يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على
القياس والاستحسان اى على الاختلاف في حكم القياس مع حكم الاستحسان يعنى في القياس لا يصح وفي
الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى
غير الملتقط وجه القياس في دعوى غير الملتقط تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح
دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه
لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان
هذا اقرار على نفسه وصيه حيث يلزم نفقته ويجب عليها ان يحفظه فهو في هذا الاقرار
يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله انه متناقض قلنا نعم ولكن فيما
طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير ويظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه
ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما
علامة في جسده فهو اولى به اى يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذى وصف علامة في جسده
واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان
اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف
بل ان الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزمه وههنا يلزمه اجيب بان الفرق بينهما
هو ان اصابة الواصف امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له ويحتمل انه اصاب لانه رآه في يد غيره والمحتمل
لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج
اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب
الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو اقام البينة فيعتبر
الوصف ليترجح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى

يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر اصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببًا له فافترقا
وقوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في
الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكومًا له بالاسلام
والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكومًا له بالكفر لا يصلى عليه اذا
مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين
اختلفت الروايات ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعًا وفي رواية ابن سماعة
عن محمد ان العبرة للواجد في الفصلين جميعًا كذا في المبسوط وقوله في بعض النسخ اي في بعض نسخ
دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده فهو ظاهر فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر
ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصمًا عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار
يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة
فان ادعى عبد انه ابنه يثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل
له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان
المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن ان يقرر بجعل كلامه دليلين على حكمين
احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة
فلا يكون عبدًا وقد تلد له الامة فيكون عبدًا والظاهر في بني آدم الحرية فلا يبطل بالشك **قال**
رحمه الله والحر في دعوى اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان
او المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك
اذا اقاما البينة وليست احداهما اكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم
لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احداهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت
بينة الكافر اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيًا في يده انه ابنه ولد
على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه
الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت الحرية
بجميع احكامها واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لمن ترجحها فان الملتقط
اذا كان ذميًا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها
فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما
كان معه فهو له ظاهرًا لعدم اليد الثابتة عليه كالقميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا
للاستحقاق فلم يثبت الملك للقيط بهذا الظاهر فان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك اجيب بان
هذا الظاهر يدفع دعوى الغير قوله ثم يصرفه الواجد اليه ظاهر وقوله والموجود في كل واحد منهما اي من
الملتقط والام احدهما لان للملتقط ولاية كاملة ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا ولاية لها وقوله
لانه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتاديب
والتهذيب وقوله بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فلانها تملك استخدام ولدها واجارته

والله

والله تعالى اعلم

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان
لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف
بني آدم اللقطة هي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعًا بل هو الافضل عند
عامة العلماء وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز عن قول من يقول انه اخذ مال الغير
بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول الاخذ مباح وتركه افضل لان صاحبها
انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهذا لانه
اذا خاف الضياع عليها قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا
وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض
واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة دمه فاذا خاف عليها الضياع
وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون اخذه واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع
فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل
اليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي
سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي اذا كان اخذها مأذونا فيه شرعا لا تكون
مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه
واذا اشهد الملتقط انه يأخذها للحفظ لا تكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ لنفسه فيكون
معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك
لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك
ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم
يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون
المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل
مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد فيه عليه واما ان القول قوله فلان صاحبها
يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه الا ذمي
عليها الغصب وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما امكنه
ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم
فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه
ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر وقوله وهذه رواية
عن ابي حنيفة يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي قال واذا التقط لقطة فانه
يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار
تساوي الف درهم بين بما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب قال اخذت صرة

مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرّفها حولاً فعرّفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته
ثانيًا فقال عرّفها حولاً فعرّفتها فلم اجد ثم اتيته ثالثًا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها
فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقوله
هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة
على المراد قوله وقيل الصحيح ان شيئًا من هذه المقادير ليس بلازم اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي
وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها
قيمة فانه يجوز الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها
حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان الالقاء متفرقًا دليل على
الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في
موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها والله اعلم قال
رحمه الله فان جاء صاحبها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايضًا لانه حقه
المستحق الدفع اليه والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا للعوض المستحق
وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها على مستحقه وان شاء امسكها رجاء للظفر بصاحبها
فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة
وله ثوابها لان التصدق ان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل
التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في البيع الفضولي وليس بلازم حتى لو جاء
المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان
مأذونًا في التصدق شرعًا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت
الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق
الاخذ اذا كان قائمًا في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك
الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلمًا بعد ما قسمت امواله بين
ورثته فانه يأخذ ما وجده قائمًا بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري
انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدوم وكما شرط
قيام المحل شرط قيام البائع والمشتري والمالك ايضًا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى
وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب
بقوله لان اباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزامًا ومثل ذلك الاذن ينفي
الاثم ولا ينافي الضمان حقًا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين لما
ذكره في الكتاب وهو واضح فان كانت العين قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك
ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قائمة اخذها
وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وايهما ضمنه لا يرجع على صاحبه
بشيء فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال

الفقير

الفقير معزور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب
شيئًا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها وقوله والابعبه
اي اباحة الاخذ وقوله واذا كان معها اي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها يمنع به هلاكها
كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذا في الفرس وقوله فيقضي بالالهام
اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن
جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر لها مالك يبيعها قيل
فاذا امر ببيعها فبيعت اعطى القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في الحيوانين والثلاثة لان الثمن
مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم
اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وكان للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله وفي الاصل شرط
اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام
على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجاب بقوله وليست تقام للقضاء اي هذه البينة
تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله وان قال لا بينة لي اي
الملتقط قال لا بينة لي على انها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها
ان كنت صادقًا فيما قلت وانما يقول هذا التردد ليصير احترازًا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعًا
تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة
وقد انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع
الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل
اللقيط بقوله والاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينًا على اللقيط فحينئذ
يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق
عليه يكفي للرجوع قال رحمه الله واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله
لما فيها اشارة الى قوله لانه يحيى بنفقته يقال نشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها
ومعنى الحديث الذي ذكره انه لا يحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرّف
عندنا العفاص الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط
يقال اوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله ابقاء ملكها للمالك من وجه
يعني من حيث تحصيل الثواب فيملكه كما في سائرها اي في سائر اللقطات وتاويل ما روى من قوله
عليه السلام لا يحل لقطتها الا لمنشدها لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص
هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله مكان الغرباء
لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع لهم اليها فالظاهر
انها للغرباء ولا يظن عودهم في سنة واكثر فيلتبس انه يسقط التعريف لعدم الفائدة
فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل دفع لقطتها الا لمعرفها كما هو
الحكم في غيرها من البلاد وقوله فهما اي العالك والآخذ فحاصله ان الملتقط متنازع من وجه دون

وبه فيكتفي بالحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا
اى هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها للاباحة اى وجب حمله على الاباحة لاجل العمل
بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل
على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل ان يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم
عدم جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب انا انما لم يقل
بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب والمصنف ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفع على طريقة يلزم
الخصم وقوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اى عند ابي حنيفة وانما رد الضمير عليه وان لم
يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع الملتقط بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة
الحاضر البينة على انها له فهل اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله وقيل يجبر لان
المالك ههنا غير ظاهر يعني فجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك
كان اقراره ملزما للدفع واما المودع فانه مالك ظاهرا فبالاقرار بالوكالة لا يلزم الدفع اليه لانه غير
مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة
وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في
زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه
اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعدما ثبت
الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط قوله وكان من المياسير
اى من الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حاملا له على رفعها اى ليكون حاملا وباعثا على رفعها
وقوله لاطلاق النصوص يريد به قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير بما روينا هو قوله
عليه السلام فليتصدق به وقوله والغنى محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا له
على رفعها وقوله وانتفاع ابي جواب عن استدلاله بحديث ابي وقوله وهو جائز اى الانتفاع للغني
جائز باذن الامام لانه فصل مجتهد فيه وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك
ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله اعلم

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة
والاباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والهلاك و
الاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا قال واخذه افضل في حق من يقوى على
عليه لما فيه من احيائه اذ الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد
الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا
كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة
السرخسي واما اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء رفعه

الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ظاهر وقوله
ولنا ان الصحابة اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها
قال عمر في جعل الآبق دينارا واثنا عشر درهما وقال علي في جعل الآبق دينار او عشرة دراهم وقال
ابن مسعود اربعون درهما وقال عمار بن ياسر ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج
المصر يستحق اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا
اى جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يؤخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب
بانه لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بينها اقوى ويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده
مما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لانه يعمل
بكل منهما وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله
ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس
بموجود وقوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فان عملوا
بالتقسيم كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى راي الامام
وقوله والمدبر وام الولد فهذا اى في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو
يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره
بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية لها عند ابي حنيفة وقوله لانهما يعتقان
بالموت باطلاقه ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية
بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده
وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب او الحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو
اى كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق
كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عيال المالك استحسن فقيل اذا وجد عبد ابيه وليس
في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا
جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن
غير مستحقة على الاب وقوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب اى القدوري وهو قوله ومن
رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام قال رحمه الله وان ابق من الذي رده
اذا ابق الآبق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اى لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا
اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف
وذكر في بعض النسخ اى نسخ مختصر القدوري لا شيء له اى لا جعل للراد اذا ابق الآبق منه وهو
صحيح ايضا لانه اى الراد في معنى البائع من المالك لان منافع العبد تلفت بالاباق وانما
يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك
ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا
شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اى اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقائه صار

قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبره كان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لانه في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الابق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله والجعل بمقابلة المالية فيه نظر لانه يلزمه اذا رد ام الولد ومات احيا والمالية عند ابي حنيفة واجيب بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الابق ان كان مديونا بان كان ماذونا فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه وقوله كالموقوف يعني بينه ان يستوفي على المولى حتى اختار قضاء الدين وبينه ان يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقفت مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكران الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرفات التي تمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل اخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما وجودا كذا هنا قوله وان كان لصبي الى اخره ظاهر والله تعالى اعلم

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو او ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله لانه اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين

فانه

فانه عند ابي حنيفة يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لا يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغايب والقضاء على الغايب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغايب غير متصورة الا اذا راه القاضي اي جعل ذلك رأيا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب للقضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر او لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر وقوله ومن ليثاني الاخ والاخت انما كان من لثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء او الرضاء ولهذا لم يكن لهم الدهن بدون القضاء او الرضاء وقوله فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم فيما له وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة او النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هنا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب وهو ليس بخصم عن الغايب ولا يقضي على الغايب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك الغايب وان الزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله لان القاضي نايب عنه اعترض عليه بان القاضي نايب عن الغايب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نايبا واجيب بان القاضي نايب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نايب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع ههنا للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه الغايب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او نايبه والمالك غايب ولا نايب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه الغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يكون النايب حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى **قال** ولا يفرق بينه وبين امراته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فاذا عمر بن الخطاب قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين

المحرم قال الهالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقها المدتان في التربص بان يجعل السنون مكان الشهور فيتربص باربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقول علي رضي الله عنه بيان لذلك المبهم وقوله وعمر رجع الى قول علي رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس مالك وصورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مؤجلا بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل وقوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تتحول فيفات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بحكمه دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل مضي اربع سنين وبعده **قال** رحمه الله واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن ابي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرنا في شرح الفرائض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة لان الظاهر انه لا يعيش احد في زماننا من مائة سنة وقدره بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر بشيء من المقدر كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر ينبغي اصلا تتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو اوصى المفقود ومات الموصي اي لا تصح الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى رجل للمفقود بشيء فاني لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال لقد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثيها في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقوله وولد الابن ابنا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي

على يدي

على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر بان في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان البينة على ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جحد فهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه وبين ذلك بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود انه لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولد الابن المفقود فطلب البنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فانه تعطى البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولد الابن المفقود من غير ان يقضي بدلهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين وكان النصف متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض وقوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فريضتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ او العم فانه لو ترك امرأة حاملا واخا وعما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذا لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل والله تعالى اعلم بالصواب **كتاب الشركة** مناسبة ترتيب الابواب المارة السابقة الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي صلى الله

عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر
وقوله خلطا يمنع التمييز راسا كخلط الحنطة بالحنطة او الا بحرج كخلطها بالشعير وقوله
فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي قيل الفرق
ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل
بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في
حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين
وقوله قابلا للوكالة احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد
فان الملك في هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود
كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم
علل تضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق
حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من
حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما
الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عامل لنفسه حتى يصير المستفاد
مشتركا بينهما انصافا كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي على اربعة اوجه
ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يلزم
اشتراط المساواة في ذلك المال في راسه وربحه او لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم
يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى
البيت لا تصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين
يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري اي الشريف
وقوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من ماخذ
واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد
الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتدائها المفاوضة يشترط المساواة فكذا في الانتهاء
قوله وذلك اي تحقيق المساواة في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح
فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض وديون على الناس لا تبطل
المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الكفالة والوكالة في
المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء او بشراء الشيء كان فاسدا وكذلك الكفالة
للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة
كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم
ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان
توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول

الجنس

الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا الا يرى ان شركة العنان تصح
وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان
المعتبر هو المعنى دون اللفظ يوضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان
الاصيل كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لتحقق التساوي اي فلكونهما ذميين قوله ولا تجوز
اي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر واعترض على قوله ولهما انه لا تساوي في التصرف بان
المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة
لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي
لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت كما قال ابو يوسف واجيب
بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من يجعل الموقوذة
مالا متقوما لا يفصل فيه بين كتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واما مواجرة نفسه للذبح فان
المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على
ان يقيم بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته
واما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية
عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة
فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما
لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله انه اي العنان
قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني قد يكون عاما في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والكفالة
عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم
قال رحمه الله وتنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة المفاوضة على الوكالة
لعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يلزم الآخر واليه اشار
بقوله ليتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان
مقتضى العقد تعليل المستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل
وقوله وللبائع اي ولبائع الطعام والكسوة وقوله فيما يرجع الى الاشتراك في البيع والشراء والاستيجار
اما صورة الشراء والبيع فظاهرة واما صورة الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا
في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجرة ايهما شاء لان الاجارة من عقود
التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة ولهذا لو ان استاجره لحاجة نفسه او
استاجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى من خالص ماله
رجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى
واما في شركة العنان فلا يواخذ به غير الذي استاجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس
بكفيل عنه ومن القسم الاخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطاء لها ارش معلوم واستحلفه فحلف ثم اراد ان
يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب
التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به لانه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب
لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية
العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلف عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع
ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم
شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تتبين صورة غيره وقوله ولو صدر
يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر
ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة
وقوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا هنا الى البقاء لان المطالبة تتوجه بعقد
الكفالة لان فيها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي
وغيره لان كل منا ثم في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لانه
الابتداء ثم محتاج اليه ولا كذلك هنا لصحة الابتداء لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي
وقوله لم تصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون والمكاتب واما الاقراض فعن ابي حنيفة فيه
روايتان قال في المبسوط ان اقرض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة لانه معاوضة وعندهما
لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم
صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد
بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه حكم
بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية
جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل وقوله فلو كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة
بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير من عدم التفرقة
بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير
بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون معاوضة انتهاء والا فهو تبرع ابتداء
وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة يعني فانه
يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمهما ايضا وعن ابي
يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وبتحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط
ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان
الغصب والاستهلاك للشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة به وجه ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه
ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش
الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال يحتمل الشركة فانه يجب باصل

السبب

السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح
اقرار المأذون به ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو
لم يكن ضمانه تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا
بالتنوين اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة
لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست بشرط فيها اي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط فيه
ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان للدوام حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان لكل الشريكين اذا
امتنع عن المضي على موجب الشركة لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف تامل عالم
بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فللدوام حكم
الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات
مدعاه وهو ان يكون للدوام حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فللدوام حكم
الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير
لازم حصل لنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم حصل لنا ما نحن فيه من الشركة للدوام حكم الابتداء
واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا للدوام حكم الابتداء بدليل خلا يضر في مطلوبنا لان
الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر
في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء **فصل** لما كان البحث
عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد
الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا
بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل
ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك نظرا لما تقدم من قوله وقال
مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها كما صنع ابي
حنيفة في المزارعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها
وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به وقوله كالمضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم
والدنانير لان القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب
فكان ما يحصل من الربح ربح مال غير مضمون على المضارب فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في
ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد به الشرع وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين
يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة
فيصح وقوله ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض
ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح
الذي حصل في بيع احدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك [illegible]
ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما بالمال
لا يتعلق به البيع بل يجب وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا

عليهما في ذمتهما كان المثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن و
معنى قوله تفاضل الثمنان اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال وقوله
ولانه اول التصرف في العروض دليل اخر وقد قررته في النهاية على وجه يجره الى ربح ما لم
يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة تبطل الصفقة
لا تجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فلو اشترط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم
يضمن واما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله
قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعيانهما ليظهر ثمرة الخلاف فانه
لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في
الجنس الواحد واما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد لا
يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وقوله والاول يعني كونه ابي يوسف مع ابي
حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم
جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسألة مبنية على تلك المسألة لانه لما جاز بيع
الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح راس مال الشركة وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه تصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة قال رحمه الله ولا يجوز بما
سوى ذلك كلام واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله يصلح راس المال فيهما اي في الشركة
والمضاربة وقوله وهذا اي المعرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانهما اي الذهب والفضة وقوله
الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانهما اي لان
مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز
الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها كذا
قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق وقوله
ولاختلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطا ثم اشتركا فكذلك
الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح
فعند ابي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على
ما شرطا فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين
بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين
لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى
جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة
الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن
قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف
ثبوتها على ما يتقوى بها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد لا محالة بخلاف
العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا

لا تنعقد

لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق فهو يحتاج الى الفرق وهو ما ذكر ان المخلوط من جنس واحد من ذوات
الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار
المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات
القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه
في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والكل
على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من
هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه ههنا في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة
عند رجل فخلطها الرجل بالشعير بنفسه ينقطع حق المالك الى الضمان قال رحمه الله
وان اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة في
ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا
اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن
فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف وهذه شركة ملك لما بينا
ان العروض لا تصلح راس مال الشركة واستشكل الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة الملك
لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه
بنصف عرض الآخر اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة
شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز
عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد
لكون راس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخي العلامة
عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة
بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما
نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام
وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من اصحاب الشافعي لان راس المال صار معلوما
وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح
مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان
او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول
محمد يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا
الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار
شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة
راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا لانها
من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم

العقد صار نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل
في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز
وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندنا لما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا
اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري
ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا
نظائر كثيرة وقوله يبيع صاحبا الاقل بعدد ما تثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما
اربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض
الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما والله أعلم **قال** رحمه الله
واما شركة العنان فهذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من
عنّ اذا عرض سمي به لانه شيء عرض فهذا العقد لا على العموم على الكفالة والوكالة وقيل انه
مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك
شاركه في بعض ماله وانفرد بالباقي وكل منهما ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطها ان يكون
التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق
حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا
العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون
الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح
بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه
وضيعته وان شرطا الربح للدافع اكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل
بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما ابدا وقوله وهو قول زفر
والشافعي واضح وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر
المال رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي
وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحق هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل
في مالك والربح لك واعمل في مالي والربح بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد
وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره
انه يشبههما من وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله وعلى هذا اشتراط
جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول
بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة
الى قرض وبضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا
العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة
المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان
فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن

عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى
لا تبطل باشتراط العمل عليهما **قال** رحمه الله ويجوز ان يعقدها كل واحد الى آخره
يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط
فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء
بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح
ما لم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا ظاهر وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه
ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول
لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة
في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانهما تبطل ببطلان ما تضمنهما من الشركة والرهن
لان المتضمَّن يبطل ببطلان المتضمِّن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع
اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف
المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره
المصنف انها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة روايتين وقوله لانه ما رضي بشركة صاحبه
في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله
ليشركه في ماله كما يشركه هو في ماله هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر وقوله
ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد وفائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد لهما
باعتبار بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان
الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة
العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك
فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله معناه اذا ادى من مال
نفسه الى آخره وقوله اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه
وكيل من جهته وقوله وانه بالخلط اي الشركة في الاصل على ما ذكرنا دليل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله
لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف
اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة في الثمن
مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل
لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله وقوله وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال وقوله
حتى يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال احدهما دراهم والآخر دنانير
تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان رأس مال احدهما بيضا والآخر
سوداء ولا تجوز شركة التقبل اي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد
يسمى شركة لا المال ولا بد من تحقيق معنى الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل

فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك حال الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة
لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في
بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة
العلة كما جاز ان يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع
وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح
للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل الاشتراء
به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود
فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه
وهو المحل فكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز
كما في العروض واجيب بان علة فساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء
الى ربح ما لم يضمن وقوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح
مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب
العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي
في الربح وتصح شركة التقبل وقوله ولا تجوز الشركة واضح وقوله ونظيره في المزارعة يعني انه اذا
اشترط لاحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون
الخارج بينهما شايعا **قال** رحمه الله ولكل واحد من المفاوضين هذا بيان ما يجوز
للشريك شركة مفاوضة او عنانا ان يفعل يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد
جاز العمل به ولان له ان يستأجر على العمل لتحصيل الربح بالاضافة وكل من جاز له ان يستأجر لتحصيل
الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه وكان الاستيجار اعلى ومن
ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفعه مضاربة لانها دون الشركة
الاترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح
فيكون جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون الشركة فتتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح
فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشاركه مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة
والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني في المضاربة غير مقصودة
وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استأجر اجيرا ليعمل
فانه يجوز قولا واحدا فهذا اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل
الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون
المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا
منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد المأذون له جاز له ان يأذن لعبده فالجواب ان
ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب والتسبب به وهذا من اسباب

الكسب للمطلقين لهما لا انه من المستتبعات وان توكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان
الحكم الثابت مقصودا اعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت
وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز
له توكيل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت
قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسألة وجوابها وجه الاستحسان
وقوله لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض
لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة
قال رحمه الله واما شركة الصنائع كلامه ظاهر وقوله لا يفيد مقصودها اي مقصود الشريكين
وهو التثمير ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودها اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود
للشريكين بادنى ملابسة وهي تلبس الشريكين بعقد الشركة وقوله ولا يشترط فيه اي في هذا
العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك قالا انما تنعقد الاعمال كالقصارين اشتركا
او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن
العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا
ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت
باتحاد العمل والمكان او اختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة
ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل ببدنه بل له ان يقيم باعوانه واجرائه
وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين لو عمل في دكانه
والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المبتنية على اصل
زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف صحح قول زفر مع مالك في جوازها
اذا كانت الاعمال متفقة اجيب بان زفر له في هذه المسألة اعني الخلط قولان فذكر المصنف
في تلك المسألة حكم الرواية التي تشترط فيها خلط المال وذكر ههنا حكم الرواية التي لا تشترط
ولكن اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا وقوله ولو شرطا العمل
نصفين اي اذا شرطا في شركة التقبل ولم تكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا
جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم
يضمن فلم يجز العقد لتأديته الى الربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فان التفاوت فيها
في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز
التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا وقوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ان ما يأخذه
كل من الشريكين لا يأخذه ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا
بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس
والجنس ههنا مختلف فيما لم يتحد لان رأس المال العمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل متقوم
بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه

لم يتبادر الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما
دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح ما لم يضمن تقديره لو جاز اشتراطها
زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل
في جانب المضارب ومقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان
بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز وقوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل
يلزمه ويلزم شريكه ظاهر وقوله ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من
الشريكين قيل ويجوز ان يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحب
الثوب مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان
وقوله وهذا اشارة الى لزوم العمل عن كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها
وهو العنان استحسانا اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلافه لان الشركة وقعت
مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى
المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة
مقتضية الضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اي ولكون العمل
مضمونا يستحق الآخر الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه
لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان
العمل واقتضاء البدل وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة
بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن
اشنان او صابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه
خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بموجب المفاوضة قال رحمه الله
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهو ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان
يشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما وامانتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي على كونهما
يشتريان بوجوههما اي سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس
وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في
الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين
ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق
ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي
والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال
لا تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الجائز وقوله ولا يجوز ان يتفاضلا
فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذا
اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يكون باقل
من النصف ولا يستحق بما سواها فان قيل لم لا يجوز ان تستحق الزيادة لزيادة اهتدائه وفاتنه

رايه

رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وغلبه بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح
بزيادة العمل انما تجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا وقوله
الا ترى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها وقوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الى
البحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا
بالعمل وقوله على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكرنا في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل
فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال
متفق الى آخره وتقريره كما مر استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك
في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه
يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه ليست في معناها لان المال فيها
مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولان العمل
على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب
يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه
بالمضاربة لتصحح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبهة بالمضاربة فكانت علة تجويز
ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان
بالعروض لو كان مؤديا الى ربح ما لم يضمن فقط لاغتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال
والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق به وهذا الجواب يشير
الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مشايعة وبينا المخلص المعلوم في الاصول **فصل في الشركة**
الفاسدة وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان
امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح
باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه
صادرا عن غير محل ولاية وتقرير الثاني التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل
ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو
للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملكه بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت
ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل
التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد
وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله فللعامل اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند
ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم
ذكر محمد على ابي يوسف في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على انهم اختاروا
قول محمد وجه قول ابي يوسف انه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المآل
وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا بالتبدل
بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه

نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد انه لا يمكن تقديره
اي تقديره باجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول لجهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى
اي نوع من الحطب يصيبان واي قدر منه يجمعان ولا بد من ان يصار الى ان يجدا ما عقدا عليه عقد
الشركة او لا يجدانه فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب او غيره
لان الرضى بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان
له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية الراوية
في الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهو المراد ههنا قال
ابو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين تقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله
لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع
وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد
اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح
لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال اربحت الارض ربحا اي غلة
لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق
بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في احكام
الاسلام لحاوته وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه
الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله
واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان
الوكالة قد تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان
المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة واشار
المصنف الى ذلك انها بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء
المشروط بدونه وقوله لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم والله اعلم

فصل

لما كان احكام هذا الفصل بعيدة عن مسائل الشركة من قبل انها ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة
وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره قوله اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه
يعني عند ابي حنيفة خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اداء بعض ما له على يد
الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله لانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل
بقضاء الدين فانه هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن
وان لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي هناك ايضا
باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ما
هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل
الوكيل حكما توضيح الفرق ان هناك لو لم نوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل
فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم نوجب الضمان

ادى

ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر
مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه ايضا بان زكوة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه
فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدى عنه الوكيل الحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل
الوكيل عن الاداء واجيب عنه بانه امره باداء الزكوة عنه في حال استقرار الزكوة على الآمر وعند
ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه
الحالة انها حالة استقرار الزكاة فكان اداؤها على غير الوجه المأخوذ فكان مخالفا للآمر لذلك يضمن
وقوله اما دم الاحصار جواب عن قولهما فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم
ان المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق
لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم وحينئذ
فلم يكن امره مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فخرج فعل المأمور
عن المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا
المقصود باداء الآمر بنفسه فخرج فعل المأمور عن المقصود فيضمن وقوله واذا اذن احد المتفاوضين
صورة المسئلة ظاهرة وتوجيه قوليهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك
يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه
خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطيها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة
ولابي حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل
في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن وادى
ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة اي
شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية
ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها كالآخرين لانهما لو شرطا التفاوت
بينهما فعلى المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان تحل
وطيها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذنه وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء
من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطيها
وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك
ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن انتقال حل الوطي بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه
مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكرنا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة
في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجاز الهبة فان قيل
لان الجارية مما لا تنقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى
دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما انه من قال اعتق عبدك عني
ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض لانه

هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاوه
بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطء هذه الجارية
لا تصير ملكا للمحلل له حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول ان ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض
الذي هو شرطها ونحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل في قبضه لنفسه وعن
الثاني ان المصنف اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا قوله
وللبايع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر والله اعلم بالصواب

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقفت
الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفتها لغة
ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه الزلفى وشرطه
كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على
المساكين وحكمه خروج الوقف اي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه
واضح وما عرفه ابو حنيفة يقتضي انه لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم
لا يصح وقوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه
نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده
انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية يصرف المنفعة الى جهة الوقف
وتبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء
القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري هذه مثلا
يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه
تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي
يتناول ما قاله ابو حنيفة وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك
الله انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل فيه ترجيح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله ولهما قول
النبي صلى الله عليه وسلم لعمر روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ
وكانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس فاتصدق به فقال
تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر في سبيل الله
وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف
او يوكل صديقا له غير متمول فيه وهذه الارض كانت سهم عمر من خيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم
خيبر بين اصحابه وثمغ لقبها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اذ له
نظير في الشرع وهو المسجد بيانه ان في استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان
اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو ازالة ملك البقعة عن ملكه من غير ان تدخل في ملك احد ولكنها تصير
محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى
اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته كما يفعلون هذا الا ما كان عليه اهل الجاهلية

من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك كله وكذا نقول النكرة في موضع
النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن المواريث الا ما قام عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه وسلم
ببيع الحبس يدل على ان لزوم الوقف كان من شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة
هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة و
معناه ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من ان تكون مملوكة له مستغلا بها
فانه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذا هذا اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما
يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير
تمليك لاحد وقوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر
القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه
الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه
وقوله فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق
بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول
وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة
دائما ولا يمكن التصدق بها كذلك الا اذا بقي اصل الموقوف عليه على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا
فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل
القضاء واما المحكم وهو الذي فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ
قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالصحيح
انه ينفذ لكن لا يفتى به وقوله قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ
على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى
محمد عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصله وقال
المصنف الصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا
يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله
وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غيره وان
كان لا يثبت التمليك من الله حكما التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل
منزلة الزكاة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة
تمليك المال من الله في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال رحمه الله
واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا
يصح عند ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل او يصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف
يعني على قول ابي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له ما لم يخرج عن
ملكه كسائر املاكه وكما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب
ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف

الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف
واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان
الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل
ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول
ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم
فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة الا اذا حكم الحاكم
فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم
من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند ابي حنيفة لان الوقف عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف
والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله قربة لا يمنع التصرف
فيه ممن خرج عنه الا يرى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام
والتصدق به بتولية الشرع لكون المتقرب به فجاز ان يكون امر الوقف كذلك الا ان اخلاق العبد فانه يصير مالكا
لمنافعه فلا يحل فيه تصرف غيره واما المسجد فلا اصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف فيه
والبادي فعلمنا ان الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحقه بالمسجد الحرام الكعبة
وقوله لان القسمة من تمام القبض بيان ان القبض الحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله
ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما
فان اصل القبض شرط او لا فعند ابي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما
لا يقسم فمحمد ايضا يجيزه ويعتبره بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو
احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي فيما نحن فيه وقوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف
المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا
يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد
والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها
اما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجيء واما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع
غير صالح لذلك لصغره فبقي ان يكون بطريق المهاياة فيهما في غاية القبح الى آخر ما ذكره في الكتاب وهو
ظاهر قال رحمه الله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد لا يتم الوقف عند ابي حنيفة
ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا
مثلا وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك بعين الحاجة الى و كل ما كان
زوال الملك بدون التمليك فانه يتابد كالعتق فموجب الوقف يتابد كالعتق فموجب الوقف يتابد
واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا
له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل فكلام المصنف تناقض على قول ابي حنيفة لانه ذكر
في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف

ثم قال

ثم قال ههنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول محمد ورواية عن ابي حنيفة والمذكور في اول
الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل اراد ههنا ما اذا
حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق
بقوله هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تو...
ولابي يوسف ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على
جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف الى جهة تنقطع واخرى الى جهة تتابد فيصح في الوجهين
وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا قال ...
ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما نقل عن ابي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
وذلك يدل على ان التابيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف روايتان احدهما انه لا يشترط التابيد
اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف اشار الى القول الاول بالتعليل
والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الى آخره وكلامه
تعقيد لا محالة وقوله وهذا على الارسال اي ما ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل
ويحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعاملوا فيه او لا قول ابي حنيفة والاكرة جمع
اكار وهو الزارع كانها جمع آكر تقديرا وقوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي
عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جاز افراد بعض المنقول بحيث
عنه ان يجعل تبعا للشيء كما في التعارف مثل الفاس والقدوم والمرّ عنده اي عند محمد فلان يجوز
الوقف اي وقف المنقول تبعا اولى والمراد بالكراع ههنا الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله
لما بينا من قبل يعني ما مر ان من شرطه التابيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس وقوله الحاقا
لها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف صحيح وكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضيخان اختلف المشايخ
في وقف الكتب جوزه الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء
اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله
وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء اصله في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز عن حمل الناقة
والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول لا يتابد
وهو ظاهر وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقول
كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار وقوله ولا معارض له
من حيث السمع جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز
وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله
ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح لمعارض من حيث
السمع وهو ليس بموجود في المر والقدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيسة على
ذلك ووجهه ان لها معارضا من التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاماء
والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس وقوله وهذا استظهار على ان الحاق

ان قال

غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما القوى بهما ليس فى معناهما ولم يذكر التعامل
اعتمادا على غيره لكون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك به قال رحمه الله واذا
صح الوقف لم يجز بيعه اى اذا لم يلزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند
ابى يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله الا ان يكون مشاعا استثناء من
قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة فى قسمة العقار راجح فجعل كانه
بيع اتساعا اما امتناع التمليك فلما بينا يعنى ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها
لا تباع ولا توهب وما ذكر من المعنى بقوله وبان الحاجة ماسة الى آخره واما جواز القسمة فظاهر
وقوله فيصح مقاسمته اى الواقف هو الذى يقاسم شريكه لان القاضى وقوله خالص صفة عقار اى
لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف خمسين ذراعا وجب ان يكون
المقاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذى
هو الوقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف
نفسه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضى ليقاسم او يبيع
نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسم المشترى ثم يشترى ذلك منه ولو كان فى القسمة فضل دراهم بان
كان احد النصيبين اجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم فى القسمة او تراضيا على ذلك فان
ادخال الدراهم فى القسمة لا تجوز الا للضرورة او بالتراضى على ما سيأتى فى كتاب القسمة ان شاء
الله تعالى فلا يخلو اما ان يكون الواقف ياخذ الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يبيع مقابلة
الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثانى جاز لانه حينئذ يشترى شيئا بمقابلة
الدراهم ويقفه وهو جائز وقوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم فى
الاصل ولاحتوائه معانى جمة جرى مجرى المثل واستعمل فى كل مضرة تقابل المنفعة ومعناه
ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم ايضا ثم ان كان الوقف على الفقراء
لا يظفر بهم اى لا يعرفون المتولى بهم لعدم تعينهم وعشرتهم واقرب اموالهم الى المتولى هذه الغلة فيجب
فيها وقوله ولو كان على رجل بعينه ظاهر وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعنى حتما لانه قال فهو فى ماله
اى مال شاء وهذه الغلة ايضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف
على الفقراء يعنى لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض اى لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة
لم تكن فى ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند البعض يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء
الثانى مثل الاول لان زيادة عليه ليس لما ذكره فى الكتاب وهو الاصح وقوله وان وقف دارا على سكنى
ولده ظاهر وقوله والاول اولى يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى
والثانى فهو ترك العمارة ويستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا وقوله فصير التردد
بيان ان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ما له فى الحال ولحاجة اصلاح
القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا
لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك وتوقف بالمستأجر

فانه لا يؤجر الدار وليس بمالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين فى ابتداء
العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى يحتمل المنفعة
ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة فى ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز
تمليك غيره قال رحمه الله وما انهدم من بناء الوقف وآلته قال صاحب النهاية قوله
وآلته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على البناء يعنى ما انهدم من آلة الوقف بان بلى خشب الوقف
وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال
انهدمت الالة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفى الصحاح ذكره بكسر النون لا غير وقوله
ولا يجوز على قياس قول محمد بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد الفتوى
على قول ابى يوسف ترغيبا للناس فى الوقف وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق وهو رواية المبسوط
والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على اصل ابى يوسف فانه لو شرط بعض الغلة او
كلها لنفسه فى حال حياته جاز فلامهات اولاده ومدبريه اولى فاما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز شرط
ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده فى حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا
للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر
الاجانب فيجوز ذلك فى حياته ايضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان
اشتراطه لهم فى حياته اى اشتراط صرف غلة الوقف لامهات اولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا
للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه فى ابتداء الوقف جائز
بدون واسطة عند ابى يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف
الغلة الى امهات اولاده ومدبريه وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى
قدمناه اى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من
نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا منها للفقير على وجه الصدقة
بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة
المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه كما انه لا يجوز فى الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة
لنفسه وقوله ولابى يوسف ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام
فى مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر عنده قوله ولا يتم الوقف عند ابى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع
ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابى يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم
من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى
اذا شاء ذلك جاز عند ابى يوسف كما هو مذهبه فى التوسع فى الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل
لان هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد فى اصل
الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا فى نفسه كالمسجد اذا
شرط الاستبدال به او شرط ان يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا

مسألة ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف بناء
على توسعه كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلاثة ايام لتكون مدة الخيار معلومة حتى
لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وقوله وهذا اي الخلاف بناء على ما ذكرناه
اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه
ما دام حيا فلذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام ليروي النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك
لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار
عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار
يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا وقوله واما فصل الولاية
فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف
الى قوله جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام
ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على
قول ابي يوسف لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف
فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو ينافي التسليم الى المتولي فلهذا اوله بعض مشايخنا و
قالوا الاشبه ان يكون قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط ومعناه اذا اسلم الى المتولي وقد شرط
الولاية لنفسه حين وقف كان له الولاية بعدما سلم الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير
اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما
اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيخان وهذه المسئلة بناء على
ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية
لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط وكانت الولاية للواقف وان لم يشترط
الولاية لنفسه وقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعند محمد
بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح

فصل

فصل
احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي
عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم
فرق ابو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا
الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان
الوقف يجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي
وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يخرج عن ملكه لان التصدق بالغلة المعدومة لا تصح فاذا
اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه
ما يوجب البقاء على ملكه فاذا انتهى الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو زال بالاعتاق وكلامه واضح
وقوله وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية يشترط مع ذلك
ان تكون الصلاة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عندهما

ومحمد

ومحمد فانه اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف
كالجماعة وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد
بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب
سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبرد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية
لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع
الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في اسفله او في اعلاه لا يتحقق
الخلوص وقوله وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن
محمد انه اجاز ذلك كلاهما تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد انه اجاز ذلك كله اي ما تحته سرداب او
فوقه بيت او مستغل او دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد
مع ان هذين القولين عنهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص
في عموم مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة

قال رحمه الله وكذا ان اتخذ وسط داره مسجدا وسط بالسكون لانه اسم مبهم لداخل
صحن الدار لا لشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص
لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني
عنه على بناء المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف الى ان قال وعند محمد يعود الى الملك الثاني قال
في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بينا فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة
الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من ان يكون
مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا
ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا
مسجد ابي يوسف يريد انه لما لم يقل بعوده الى الملك يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر
ابو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا
بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه
سقط ملكه فيه لله تعالى فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة
عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى
فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع
ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر وقوله ومن بنى سقاية او خانا ظاهر وقوله بخلاف
المسجد يعني ان حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله وفي كل ذلك
اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة
قوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله ويكتفى بالواحد ظاهر وقوله
سكنى الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والتوضيح

الخافقة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله تعالى
اعلم بالصواب

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر
بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع
في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب
وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباعه منه والجمع باعتبار
الانواع الاتي ذكرها جمعه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى
الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه
لم ينكره احد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها
يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول وما دل على ذلك وشرطه من جهة
العاقد العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدورا للتسليم وحكمه افادة الملك
وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه
ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بمشروع مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض
هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة
وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة
بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى
الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى
الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها قال رحمه الله البيع ينعقد
بالايجاب والقبول الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره في
المحل والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للاخر خيار القبول فاذا
قبل سمي كلامه قبولا وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه
ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع
انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان
الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع
شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا تكون الا منه والشرع
قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ ولا يرد عليه
شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعمال لفظ الماضي وان لا يتم الدليل وهو ظاهر قال
رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ
المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة قيل
هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك
فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال

يحتمل

يحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب
تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو اما ان يكون بالسين او سوف فهو لا يحتمل
للحال ولا وضع فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونيته
للحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع
فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وانكار ذلك بالنية لانها انما تعمل في المحتمل لا في الموضوع له
الاصلي والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا
ينعقد بلا خلاف من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل
وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان
الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه
ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة
الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية قوله بخلاف النكاح
يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الاخر زوجتك انعقد وقد مر
الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال رحمه الله
وقوله رضيت او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد البيع لا يختص بلفظ بعت واشتريت بل
كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت هذا منك بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او
قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى
المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امره بالاخذ
بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت
سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود
قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه وهذا
اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق
المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس
كالبقل وامثاله ثم ان محمدا اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال
رحمه الله واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعت هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قال في المجلس
قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول
لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان
ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الاخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال
حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في
ذلك فان حق التملك يثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق المشتري فلا يكون الرجوع خاليا
عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع
وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يعارض الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ونقض

بما اذا دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير
بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه قوله ولا يتعلق
الى ما وراء المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس فلم
لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله
قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف
على المجلس تيسيرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته
ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب
انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فتوقف الايجاب
فيه على ما وراء المجلس قال رحمه الله والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعت
عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب واخبره
بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة
اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر
وسفير فينقل كلام المرسل اليه قال رحمه الله وليس له ان يقبل بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع
البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة
ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد
الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد
في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزول الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه
وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسألة
فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال تضرر
البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا اجيب بان العقد يصح قال لانه
يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استينافا لايجاب لا قبولا ورضي البائع قبولا قال وانما
يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي
القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة
فاما اذا اضاف العقد الى عبد وثوب لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم
البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر
عن البائع والبيان يشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد
على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع
ومشتر وبيع وشراء فباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة
وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة
فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال

قبلت

قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى
البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع
سوى المشتري كان قال بعت منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة
وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا
كله قياسا واستحسانا واما تعدد البائع والثمن بلا تكرير لفظ المبيع وكذا تفرق المشتري
مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل
لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال رحمه الله وايهما قام من
المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة
الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد
ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح
اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب
بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم
وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي فانه اثبت لكل واحد
منهما خيار المجلس على معنى ان لكل واحد من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى
صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم
يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر وهو
لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك
لان الاحوال ثلاث قبل قبولهما وبعد قبولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين
في الاول والثاني مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان
يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل الارادة لان ابقاء العقود
الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما
شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي
وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل
التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون
اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع حتى صار بسبب شيوع الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى
وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد
وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد
لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال
حمله على التفرق بالابدان يؤدي الى جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فخصص [illegible]

بيع المنابذة والملامسة وهو منقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الملك بيع معروف او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعانى بالاشتراك اللفظى ونرجح جهة التفرق بالا قوال بما ذكرنا من ادا حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل اعنى حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن **قال** رحمه الله والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافى للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضى الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتى وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس ببيانه **قال** رحمه الله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة وغيرها والصفة لكونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع **قال** رحمه الله ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخى ثم المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعى في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرمانى في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقى اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى المحض والمتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التى ليست من ذوات الامثال كالثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى الاجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثليات كالنقدين فان قابلها النقدان فهى مبيعة وان قابلها عين وهى معينة فهى مبيعة واثمان لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا دون الاخر فيجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعنى المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا سلما بشرائطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع واقول الاعيان ثلاثة نقود اعنى الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فمعرفة ما يكون

مبيعا

مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه **قال** رحمه الله ويجوز البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روى انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد وان يكون الاجل معلوما لئلا يفضى الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشترى يؤخره الى بعيدها **قال** رحمه الله ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن في البيع عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذى وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم انى اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فانى ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغى فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شىء منهما بل في مجرد الاسم كالمصرى والدمشقى مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الثانى لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة للمنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرفت هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعنى في المالية كالذهب المصرى والمغربى فان المصرى افضل في المالية من المغربى اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضى الى النزاع اشارة الى القسم الثانى الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدها فحينئذ يجوز وقوله او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ ينصرف البيع اليه تحريا للجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اى فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعنى مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثانى اعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثى وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرى اليوم يسمى قديما فانه نسبة الى الناصرى ببخارى والعدالى في بيع العدالى بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدراهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع التساوى في الرواج وقوله فان كانت سواء فيها اى في المالية يعنى مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اى المتاخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار كعشرة وغيرها من اى نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة فيه لتساويهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائى الى اخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة

او في المالية دون الرواج صح

منه دانقاً لايكون في الماليتة سواءً لكن عليك ان يكونا في الرواج سواءً هذا ماسنح لي في حل هذا
الموضع والله اعلم بالصواب قال رحمه الله ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد
بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة والحبوب غيرهما كالعدس
والحمص وامثالها كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا
بيع مجازفة فان كان شيئا لايدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لايجوز الا بخلاف
جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لايقال لادلالة في الحديث على
المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك اصل الحديث ولان
الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقد
ان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال رحمه الله
ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لايعرف مقدارها
جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر
هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم فيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على
ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى باحد غنم شاة فان الجهالة
لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة
للعقد وهذا لانزاع فيه ولم نقل ان كل ماهو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع
باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي
عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لاينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما
ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لايجوز بخلاف السلم فانه لايجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا
وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية
الحسن بن زياد ان البيع ايضا لايجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة
او بذكر القدر فعلى المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولاعبرة بالمعيار وفي غيرها المعقود
عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الغرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء
من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة واظهر يعني
من حيث الرواية قال رحمه الله ومن باع صبرة طعام اذا قال البايع بعتك هذه الصبرة
كل قفيز بدرهم جاز في قفيز واحد الا ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس والا فانكان
الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة
وجملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن
جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع التنازع واذا
تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين
المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده
فاسداً لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او بشرط الخيار اربعة ايام اجيب

بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد
فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم
الرابع وباشتداد الاجل ولهما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير
مانع اما ان ازالتها في ايديهما فلانها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيديهما احترازا عن البيع
بالرقم فانه لايجوز لان ازالتها اما بيد البايع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره
وعلى كل حال فالمشتري لايقدر على ازالته واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع
عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا
الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون
ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لايتعدى الى غيره فلهذا لم يجوزه ابو حنيفة فيما نحن
قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفرق
الصفقة عليه دون البايع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن تسمية جملة القفزان وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم
بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره فلا خيار له وفيه بحث اما اولا فلانه
تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا
مشتركا بالف ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك
ولا يجوز في نصيبه ولاخيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فلان
قياس قول ابي حنيفة ان لايتخير المشتري لانه لزم انصراف البيع الى الواحد لعلمهما لو اشترى
قنا ومدبرة فانه لاخيار له في القن لعلمه ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب
التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل وللمشتري ان يقبل البعض
وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لانسلم تفريق الصفقة لان
الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لاغير
لانه لو وقع على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لايجوز فصار
كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لايقبل النقل ولاخيار
له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لاعلم لهم بالاحكام
المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا
ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة
تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا الكثرة وما نجم مانع شرعي
عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل
للجهالة صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة
الا ذلك بقي ان يقال فكان الواجب ان لايثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر
هذا البحث عنه قوله وكذا اذا كيل في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان المشتري بالخيار

لكن لا بد لذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان قد حسب او ظن ان الصبرة تاتي
بعدد رغب فيه فلا يتعاطى ما خرج اليه فزاد وليس له من الثمن ما يقابله ولا علة اخذ الزايد مجانا وفي ترك
تفريق الصفقة على البايع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان آخر وهل يوافق او لا حنيفة
كما اذا اراد ولم يكن راه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا
باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قولهما الصرف
الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشاة موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى
المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة
الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال
بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فيصح اما الاول فظاهر واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع
درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني
واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال رحمه الله ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة
طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر
فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين
الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضى وان كان الثالث فالزايد للبايع
لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا
كان وصفا والقدر اي القدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبايع
لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مختارا فيها ان شاء
باشرها او تركها وان كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع
الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله
شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه بقوله الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله
كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينتقص من الثمن شيء
فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول
يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا ياخذه بحصته وقولنا الا انه يتخير استثناء
من قوله ياخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزايد للمشتري ولا
خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باعه عبدا على انه اعمى فاذا
هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسايل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات
وصفا والاستدلال بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال ثوب

طويل وعريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذرع
الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف
واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف
وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه
تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته
فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض
والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها
من القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما
الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى به
فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزايدة على العشرة تزيد في قيمة
الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرفت هذا عرفت ان القلة والكثرة من حيث الكيل او الوزن
اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل
سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب
اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان
اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب
بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة
كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا
تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ
شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او المذروعات كذا في النهاية
وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا بلغها على
انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدها ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن
او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة
كل ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا
اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذه بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع
بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه
ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لما امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة
الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي
انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان الذرع اصل من وجه من حيث انه عين اجزاء العين
التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة
ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسمة على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة
الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين

وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى
ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا فلا معتبر بذلك لما ذكرنا
ان الوصف انما يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زايدة اخذ المشترى الجميع كل
ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذراع لزمه الزيادة في الثمن
وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه
صار اصلا مشروطا واخذه بالاقل لم يلحق اقل بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو
ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا
على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا
باعتبار ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا
هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة
والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة
والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزايد لو لم يدخل كان بايعا بعض
الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا للجواز والقفيز الزايد ليس كذلك **قال** رحمه الله
ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون
المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة
ذراع وشرا عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة
اسهم من مائة سهم في كونها عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة
في الالة التي يذرع بها وارادتها هنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة
المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك
فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك ان العشرة الاذرع غير
معلوم ههنا اذا لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة
بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة
فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها و
ليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق
عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم
يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء
الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة الذرعان
واما اذا عرف مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم
اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده **قال** رحمه الله ومن اشترى عدلا على انه
عشرة اثواب والعدل المثل بكسر العين مثله من جنسه وفي مقداره ومنه عدل الحمل فاذا اشترى عدلا على
انه عشرة اثواب بعشرة دراهم وكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان

الزايد

الزايد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي
الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشترى وهي مجهولة
لانه لا يدرى انه كان جيدا او رديا او وسطا وحينئذ لا يدرى قيمته بيقين حتى تسقط
فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا
بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار لانه اخذ
الموجود ببعضه من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة
العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان
ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله
في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا
يجوز البيع عنده في العبد خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع رجل
اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع
فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي ووجه الاستدلال
ان الفايت في مسألة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين
مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد **قال الشيخ** وليس بصحيح
لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسألة ومسألة الجامع بقوله
لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد
فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على
الموجود فقط ولكنه غلط في العدد والهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة
ومرو قريتان بخراسان **قال** رحمه الله ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة
اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وان نقص اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد
عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني
بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع
بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة
وعنده كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف ان بافراد البدل صار كل ذراع
كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن
ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله
شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع
فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة
على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فيسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب

الذي تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت
جوانبه فلا نسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم
تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا
باع قفيزا منها والله اعلم **فصل** مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل
ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع
اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان ينفصله
البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان ينفصل عنه فهو اتصال قرار وعلى هذا
دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لا يقال
لا نسلم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان الذي مبناها على العرف كما تقدم لانه
تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا تتقيد بها كما تقدم والبناء
ليس بداع الى اليمين فلم تتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل بها بالارض
على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة
كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في
بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل
فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس
في وسعه فصل الحمل عن الام **قال** رحمه الله ومن باع نخلا او شجرا عليه
ثمر فثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمره لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل
فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل
وما وضع لانه المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم
يذكر النخل **قوله** ولان الاتصال وان كان خلقة فهو اشارة الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال
الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك
عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي يترك
حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد
ان لا يقطع وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد
والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه متروك
فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه
دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا
قوله هذا اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة
ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض تسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك قياسا لان
ولا فرق بينهما اذا كان الثمر بحاله قيمة او لم يكن فيكون للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة
يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح ان بيعه منفردا يجوز في اصح الروايتين فما صح بيعه

منفردا

منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض معطوف على
قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها
صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع فانه مودع فيها كالمتاع **وذكر** في فتاوى الفضلي ان
ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن
بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم تصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال
ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان وضع بعضهم ان رحمين بتشديد النون هذا بناء على الا[ختلاف]
في جواز بيعه يعني فمن جوز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن
لم يجوزه جعله تابعا مشفر البعير شفته والمحوش والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع
مناجل **قال** رحمه الله ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة
والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجرة ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان
ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من
حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها ومن مرافقها
وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه
كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا
كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا
كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به **قال**
رحمه الله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول
لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها فصلاحها لانتفاع بني ادم او علف الدواب او لم يبد لانه
مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس
الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحها ولان البيع يختص بالمتقوم والثمر قبل بدو
الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى فلما اشار
اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر
على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في اول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه
مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت
بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعها بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها
سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا
اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع اما اذا قال اشتريتها على ان اتركها على النخل ففسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها

على النخل شغل ملك الغير وان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة في بيع
لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه
تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم
فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة هذا
اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس
لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع
لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد
لمعنى في الارض والشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد
في مثله الاذن في ترك بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك
وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم
ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي
حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذن بعدما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة
لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكوكب يعطيها الطعم وان
اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار
ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما يتحقق اذا لم يكن تخلص سواها وههنا
يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا
فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان
المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه
هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه
بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر
الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة وتفاوت ادراك
الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد ما له تحقق من حيث الاصل
فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل
خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت
مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه
لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وصار
ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري
لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه
ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه كان يفتي

بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله
وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده
يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري ما لا صول لتحصل
الزيادة على ملكه وبهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث
تبعا اذا كان ثم ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول والله اعلم قال
رحمه الله ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع الثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا
لمالك ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخيل او تمر مجذوذ وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب
ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال
اذا باع ثمرا على رؤس النخل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر
مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء و
استدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا
يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة
كم هو نخلة قال المصنف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة
المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة
واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من التمر احسن ما يكون والمشتري
يدفع اليه ما هو ارد التمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون التمر الا قدر المستثنى
فيخلو العقد عن الفائدة فلا يجوز كما لا يجوز مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض
الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا لا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا
واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي
صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي
غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك فجاز ان يكون البيع
في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل
فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المال واما في الحال فلا يعرف هل يبقى
بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهي اول
المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية فان
حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز
ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه
وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف الحيوان
مثل وحمله لا يرد عليها العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي
ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما
فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس

وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في
قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة
منها بغير عينها بمائة درهم لم يجز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه
الشاة بعينها جاز لانه يجوز ايراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذلك الحكم في جميع العدديات
المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء
قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله
بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا
القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منها بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى
الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى
منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة
فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد
البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو
قال على ان لي عشره لم يصح قيل وللقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة
واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي
مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تكن فيه جهالة الا في المستثنى منه بحسب الوزن
فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تمنع المعرفة بمقدار البيع قال رحمه الله
ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلاء
والارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق
في قشره في قوله الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور
بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخيل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض وتامن
العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى
ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كان جوابا عن
قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع مع قشره حب
منتفع به ومن اهل الفولية شهد بذلك فان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى
فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين
ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف
جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا والجهالة قدرها في سنبله فان قيل
ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما
سيان في كون المبيع مغلفا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي
في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذا في التمر الى ان قال ابو يوسف

قال

قال رحمه الله ومن باع دارا الا غلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح
بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيها للقرار كان
داخلا والاغلاق كذلك لانها ركبت فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه
كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل
عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا
بالطريق ولا يدخل في بيع الدار والجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله
الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث
السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اتخاذ البقعة بسبب ملك الدار
وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك
والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء ومن خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل
لا يدخل قال رحمه الله واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة او الموزون
موازنة او المعدود عددا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم
واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة
ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن
سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن
وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف
المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف
بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري
لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال رحمه الله ومن باع سلعة
بيع السلعة مجملا اما ان يكون بثمن او سلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا
لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا
يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص
من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى
يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا
يحتاج الى تقديم احدهما في الدفع والله اعلم بالصواب

باب خيار الشرط

قال رحمه الله خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه
بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه
على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه
يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لانه
من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به
فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول

في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار اياما
او على اني بالخيار ابدًا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها
ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي
جائز عند ابي يوسف ومحمد سواء كان لاحد المتعاقدين او لهما جميعًا او شرط احدهما الخيار لغيره
وجه قول ابي حنيفة في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمأمومة
اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة
ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم
وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة
المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكان عديم فيمن له الخيار
فليتعين في حقه فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى
المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يتمكن بزيادة
المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى
شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان
كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة
والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارض حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور
في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد
بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا
في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت لكان اولى بها فلما ان اقتصر لنفي الزيادة سلمناه
لكن في الكثير معنى الغرر ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل
يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة
طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا
يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلاثة جاز ويجوز ان يكون من قوله
فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر فتامل زفر يقول ان
هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع
الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن
تزوج امرأة وعنده اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة انه
اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة فذهب
العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب
اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع
فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلاثة ايام تعليل على الرواية الاولى
وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا سقط الخيار

قبل

قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا
لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا وصار كما اذا
باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا
يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد
البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد
باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما
المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا
والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه
وفي مسئلتنا في شرطه فامكن قال رحمه الله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن
اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن
فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايام فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن
ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز
لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة
في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيلني البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط
فاسدها اولى ان يفسده واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من
حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا
كان في معناه كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لانه هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد
وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم
وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل
الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز
البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول
ابي حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على
ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد اما ابو حنيفة فقد مر
على اصله في الملحق به في نفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق
به وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول
ووجه ذلك ما قال المصنف وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على
وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله وفي هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة
ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في
الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن
لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن
عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام

فلا بيع بينهما و في هذا اي في الزايد على الثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله
و في هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه قال رحمه الله وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط تارة يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان
للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج من ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري
فالمبيع يخرج من ملك البائع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع
والثمن من ملك البائع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري
هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج
المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة
لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع بصيغته علة اسما ومعنى
لا حكما فيتوقف ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف
فيه وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا
لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك
والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار بحالة لا يجوز ابتداء العقد عليه
فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك
واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض
على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها
الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار
واما ان هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد
البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر
الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه
اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن
ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل
في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج الثمن من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك
رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر
فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك
واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا
فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زايلا لا الى مالك معنى سائبة
ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد
عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو
ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا
للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه

فيعتق عليه من غير اختياره فيعود على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع
في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار
للبائع كما تقدم آنفا والمراد عيب لا يرتفع كما ان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو
على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم
العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكره ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار
للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع
اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد
على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لا له فيهلك والبيع موقوف فتلزم القيمة قال
رحمه الله ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا
كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى
هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له ان
يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطء
ينقصها وهذا تشير اليه قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطء فاما ان نقصها
فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم
يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على
الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه
عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا
لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل
عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ
وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل
كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه للحرية وقت
اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق ولا يجعل لانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها
ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزأ بتلك
الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء
كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا
والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا
واجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل
القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة
الخيار قبل قبض المشتري او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء

ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان
قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح
لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتجنا الى هذا التأويل لانا
لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة
الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت
الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند
البايع فهلك في يد البايع في مدة الخيار او بعدها هلك على البايع لان القبض قد ارتفع بالرد
لان الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال
البايع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها
لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد
امتناعا عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا
بغير عوض والمأذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج من ملكه فما وجه
ابراء البايع عن الثمن قبل ان ملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله
بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبايع فاسلم
بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد
من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما
قال رحمه الله ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البايع
والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبايع فالاجازة تحصل بثلاثة
اشياء بان يقول اجزت ويموت في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد بتاتا وبان
تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان تعيب المبيع في يد المشتري على
حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون
حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البايع في مدة الخيار تصرف الملاك
كما اذا اعتق المبيع او باعه وكانت جارية فوطئها او قبلها او ان يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري
فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الاخر
وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول
وهو ان يقول البايع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر يعلمه انفسخ العقد بالاتفاق
وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي
لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله
على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر وفرض ذلك بجعل اشتراط
الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الوكيل غايبا لانه مسلط

من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما
اذا كان الخيار للبايع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة
بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبايع
عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر
لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما عزل الوكيل والقياس
على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ
ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم
عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام
فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو
انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى
واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان
مدار دليلهما الزام ضرر زايد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا
فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو
مسموع لان ذلك من الاسقاطات وكذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة
ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق
الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاما ام جديدا سلمناه لكن فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي
النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم
الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه اولا لانه لا ضرر فيه فانه ايجاب حصل منه ولو
راه ضررا لما اقدم عليه او لانه غير زايد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة
يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زايد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي
به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار الملك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه
الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم
تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر الذي في
خيار الشرط فانه زايد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي به من جانب
الآخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور
وليس المراد بقوله كتب الكتابة الاصطلاحية حيث لا يكون باب البلاغة لكن المراد به ما اشتهر به الملك
والله اعلم قال رحمه الله واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار
سواء كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار
فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الى وارثه لانه حق ثابت لازم
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على ان له الخيار
يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض

لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الورثة
وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا
او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل خروج قلوة
عليها وعن الخيار وليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار
كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالك ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان
ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم
المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه
نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي
من نقل الاعيان مالكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض
الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين
فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان
المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث ما ثبت للمورث عن التشفي والخيار يثبت
بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال لبشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا
بطريق النقل فلا يتقيد بما ذكرتم لان كله ممنوع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم
لمنعنا ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا
كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه
بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار
وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال
مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد
وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء الفائت بخلاف خيار الشرط
فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت
لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له
خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا
والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت **قال** رحمه الله ومن اشترى وشرط
الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز ضمنه لدلالة قوله فايهما
اجاز جاز يعني من المشتري ومن شرط له الخيار وذلك الغير على الحذوق واشتراط الخيار للغير
لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من
واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد
كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليم على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء
الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او
بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء

اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه ويجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف
تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى
ادنى منزلة من المقتضي الا ترى ان من قال لعبده ان حنثت في يمين فكفر عن يمينك بالمال لا يكون
ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء
ان العاقد اعلى رتبة فكيف يثبت له الخيار اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء
تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير
كفالة عنه لذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار
فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت
الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا
لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا
هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي ولو صححنا الكفالة بطريق الاقتضاء كان
مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة
بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو
المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف
فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف
الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية
ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول
ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يتقدم على غيره وفقهه ذلك ان تصرف النائب انما يعتبر له الية
عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا
بطلاق امراته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب
بان الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل
بدونه فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز
والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك
المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيترجح عليها الليس
كذلك ونوقض بما اذا ادعى من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري
قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان
ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ
وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله
وكما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا حال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما نزل كل منهما منزلة
في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر
من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار

فكان القياس ترجيح تصرف متولي الخيار لان جهة تملك العاقد عارضية في ذلك قوله واستخرج ذلك
يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره
معا فمحمد رحمه الله يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف
ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه
استخراجه ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه
محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين
بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك بالملكية والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ
في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه
لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية
وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك بالملكية هناك لا يستلزم رجحان الفسخ
هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في
وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد
الولاية من غيره فمحمد رجح تصرف العاقد من محل كما رجح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك
من ابي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال
التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا قال رحمه الله ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة
على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او يحصلا جميعا
او يحصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف
على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسد فجهالتهما
اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان
الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فتمكنت وان كان الثاني وهو ان يبيع كل
واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن
معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في
الاخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد الثمن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك
غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار
كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا
للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا
في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب
انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تامل منك
فاحفظ وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما
فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا
للعقد في الاخر لفسد في ما اذا جمع بينه وبين المدبر وام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان

عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في
حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو
انعقد في حق الاخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر
ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء
صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال رحمه الله
ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي
ان آخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة
واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلاثة
ايضا كما في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع
لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ووجه
الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع
خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق والارفق والحاجة الى هذا النوع
من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق بخبرته او اختيار من يشتري لاجله
كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به
الشرع ولا نسلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم
يبق له منازع فكانت علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما
عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة او اكثر واما الحاجة
فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه
فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في
الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن
ذلك وبناء على ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه
وقدروا مدته ثلاثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قولهما وهو
شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان
اتفاقا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام رحمه الله وجه الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع
السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق ووجه
الاخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد
في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة واما اذا
كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار
التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله وبمدة
معلومة اي مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد
على الثلاث عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما

اجيب بانه قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد
فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير عوض والتعليق
فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين
الاخر للامانة حتى اذا هلك الاخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان
المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعيب معيبا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب
اختيارا دلالة فان قيل قبض الاخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند
الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك
لانه لم يقبض الاخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة
فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه فماتت احداهما فان الباقية تتعين للطلاق
دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع
الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا
ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة
فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقت على الايام فله ان يرد
بخيار الشرط في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر قد شرط
الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين
فيرد احدهما لانه اختار احدهما لزم ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه وكان في الاخر امينا فان ضاع
عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين
فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط
ملكه بملك غيره فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين
قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا والبائع يجعله في الثلاثة
لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد
انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار
ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار
الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا
في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر امانة
والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير
كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى تقدير وفي بعضها ثوبين
وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال
اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان احدهما قال رحمه الله ومن اشترى دارا على
انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيعت دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة

فذلك

فذلك الاخذ رضى يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة
لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضي الملك ولا
ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية
وهو يوجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع
دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان
ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر
الجار في دار يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك
للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها
كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم
يملكا رقبة دارهما وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى
دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح
الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسياتي ان شاء الله تعالى قال رحمه الله واذا اشترى
الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس للاخر ان
يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات
الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه
لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا يرى
ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الاخر وله ان المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع
كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا بمهاياة والخيار يثبت
نظرا لمن له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا
للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل حصل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان
الضرر الحاصل من الغير اقوى واشد من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضى منه بعيب
التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضى به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب
في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري
برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده بحكم خياره
لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الاخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من
ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو
ظاهر ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور
اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما قال رحمه الله
ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه
بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن

وبين ردّه اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البايع
بحصته من الثمن في ظاهر الرواية بتقويم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم
اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد
وبتقويمه غير كاتب وخباز فينظر الى التفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك اما ردّه فلان هذا
الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه
اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط
لانه لرجوعه الى صفة المثمن او الثمن كان ملايما للعقد الا يرى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل
في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب
كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط
مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البايع
تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله
واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حياته وموته فلا سبيل
الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك
الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف انما الذي يكون من حيث فوات الوصف
المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم
ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل خصا والاصل ان الاختلاف
الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا
باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا
من المثال فلا يفسد لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة للمعقود تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم
والله اعلم **باب خيار الرؤية** قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى
منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال ومن اشترى
شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة
التي في كفي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه
جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغايبة المشار الى مكانه وليس في
ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان
كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول
والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا
رآه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عليه
السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري بلا اجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه في العقد

جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث
فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها
منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به
ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه
اذا لم يوافقه ردّه ولا تنازع ثمه على مقتضى خياره وانما افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم
نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم
عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض
بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة
ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة
اذا تراخى فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضائه
للجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري يعني
كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية
بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو
لزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله
كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ
قبل الرؤية لانه من نتايج ثبوت الخيار كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يتم منبرما فيفسخ لو كان فيما الا يرى ان كل واحد من العاقدين
في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا
شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى ابطاله كما
قررنا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق
بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضا
بالشيء جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان
الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا
وهو لا يحتاج الى المعرفة المحسنة لا يقال عدم الرضا استقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم
ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه الى المبيع
او ضياع ثمنه او اشتغاله فلا يستلزم الاستقباح وذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل
الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم
يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف **قال** رحمه الله ومن باع ما لم يره
من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة يقول اولا له
اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البايع الثمن زيفا فهو بالخيار

ان شاء اجوز وان شاء رد كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن
وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وبينهما
وهذا اى الخيار للبايع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اى من جهة البيع
من جهة الشراء وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية
يحصل الاطلاع على دقايق لا تحصل بالعبارة فلم يكن البايع راضيا بالزوال فيكون العقد
غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه
كما تقدم فان قيل البايع مثل المشترى فى الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما
ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشترى باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده
لفوات الوصف المرغوب فيه والبايع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع
عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبايع خيار واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به قيل
المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسببه او وجد هنا وجد القياس على المشترى والخيار بين
فليجز من البايع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمنا لكن
القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضى الله
عنهم اجمعين ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكر فى المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا وبهذا
رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث **قال** رحمه الله ثم خيار الرؤية غير موقت
قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ
سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه
باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما
يبطل خيار الشرط من تعييب وتصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط فى
بابه والضابط فى ذلك ان المشترى بالخيار اذا فعل فى المبيع ما يمتحن به مرة ويحل فى غير الملك بحال
لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطل فايدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد
الامتحان فان لزم البيع بفعل ما يمتحن به اول مرة فاتت فايدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا
فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل فى غير الملك بحال او يمتحن به ويحل فى غير الملك لكنه فعله
مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل
خياره لانه مما يمتحن به ويحل فى غير الملك فى الجملة فلو استخدمها مرة ثانية فى ذلك النوع من
الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره
لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكنه لا يحل الوطء فى غير الملك
فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلى مسئلتان احداهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت
بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية فى ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية
اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان فى
فتاوى قاضى خان واجيب بان الاصل فيهما ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية

لما ذكر

لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع
دليل الرضا فلذلك لا يعملان فى ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بمانع والحق ان الاشكال
ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلى
مطلق بل مقيد بان يكون تعييبا او تصرفا يعنى فى المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليس
منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذى يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطل قبل الرؤية
وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطل بعدها فاما الاول فهو الذى لا يمكن رفعه كالاعتاق
والتدبير او الذى يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشترى
والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك التصرف فى العين قائم فصادف المحل
ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة ولذلك تعلق حق
الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشترى
عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان بطلان
الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذى رويناه والثانى ان هذه التصرفات اما ان
تكون صريحا او دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب
عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن
اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار
ضرورة وعن الثانى بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورياته تصريح
آخر وهاهنا هذه الدلالة من ضروريات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع
انتفاء اللازم محال واما الثانى فهو الذى لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار
لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح
الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى لانه اذا لم يكن من ضروريات الغير ويبطله بعدها
لوجود الدلالة مع عدم المانع **قال** رحمه الله ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم
ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثانى اما ان يكون متفاوت
الآحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار
الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان فى رؤية
جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك فى العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم تنفسخ وفى
الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر فى عورتها واقعا
فى غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن وكان النظر وقع حراما
وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البايع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطى فيكتفى
برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثانى كالثياب
والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخى فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض
لا يعرف الباقى لتفاوت فى احاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددى المتقارب

والجوز والبيض على ما قال الشيخ المصنف يكتفي برؤية واحد منها لأن رؤية البعض تعرف
الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردى
منها فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكيل يعرض بالنموذج
والنظر إلى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية إلا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع
العلم وإذا نظر إلى وجه الآدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود في العبد والأمة وسائر الأعضاء
تبع لهذا لا ترى أنه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء وإذا
نظر إلى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لأنهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي
عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لأنها مقصودة في الدواب فإن كان
المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرأى ما في أحدهما فإن كان ما في الآخر مثل
ما رأى أو فوقه بطل الخيار وإن كان دونه فهو على الخيار لكن إذا رد رد الكل لئلا تتفرق
الصفقة وإذا اشترى شاة فإما أن تكون للحم أو للقنية أي الدر والنسل ففي الأول لا بد
من الجس لأن المقصود إنما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد
من الذوق لأنه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له رؤية
صحن الدار وخارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لأن كل جزء
من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات
وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل
فإن كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية
صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصودا كما
في سمرقند وقال زفر وهو قول أئمة بلخ لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب
الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الأبنية فإنها لا تختلف بالضيق
والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر إلى جدرانها
من خارج فأما اليوم فيريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في البيوت
بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة قال
ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض
المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الإرسال أن يقول كن رسولا عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه
قيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه وإذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه
سقط خيار المشتري فلا يرده إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان
عيبا يعلم الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب وإذا نظر الرسول بالقبض إليه وقبضه لا يسقط
خيار المشتري فله أن يرده عند أبي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر
الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع
الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسره المصنف بقوله معناه الوكيل

بالقبض

بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه
لهما أنه توكيل أي قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه
وكالة فلا يملك إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل
وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى
بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما إذا وكل بقبض المبيع فقبضه
مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة مبني
على مقدمة هي أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو
مستور قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا
يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لأن تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد إلا برضاء أو
قضاء وخيار الشرط والرؤية يمنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه
وكل من ملك بنوعيه ملك توكيل غيره كذلك عند إطلاق التوكيل عملا بالإطلاق فإن قيل لا نسلم ذلك
فإن الوكيل إذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك
سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة أجاب المصنف بأن الوكيل إذا قبضه
مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض
إلى رد قياسهما على الإسقاط قصدا وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار وتقريره أنه
لم يتوكل بإسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والأول مسلم ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت
للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى كان أي قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل
وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يتم به لأن ما لا
يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه
لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به إلا برضاء أو بقضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض
ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لأن تفريق الصفقة قبل تمامها
ممتنع وبعد تمامها يمتنع ههنا لأنها كانت تامة ومن موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة
بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يتصل التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل
وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكره القدوري لأن من اشترى شيئا على
أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك
القبض التام فلأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط
بقبضه لأنه للاختبار وهو المقصود بالخيار ولا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لأن
الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس
كالوكيل فإن تمام ما أرسل إليه ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض
والتسليم قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز بيع الأعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا
وله الخيار وقال الشافعي إن كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه

اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من
اصلنا ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر بغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء
المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من الحرج ما لا يخفى ولنا انه اشترى ما لم يره ومن اشترى
ما لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضي
تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان
من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود
فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات
واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام
الرؤية كما في السلم وقال بعض مشايخ بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف
له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان
الواقف بصيرا لرآه وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع
العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الاخرس والاصلع واطلاق الرواية تدل على انه يقول
بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره
فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن
له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ويوصف له وهذا
احسن الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي
حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار
له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان
الناقل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته
اعمى بعد العقد قبل الرؤية **قال** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم ان في بيع
الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها
وعلى هذا اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما
ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا
من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا
ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده
فما وجه ترجيح حديث النهي على الخبر واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب الخبر ليس
كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم
راجح على المبيح ولانه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كان غير ممكن لان رد
احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يكون لو كان ذلك المردود على المالك

الاولى قبل النهي تفريقها مطلق ومقيد بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله
مرجوح والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على
الصفقة فانا اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من
الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له بالجيد
واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام تبين خروج ما استشكل بالاعتاق
فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد
من رد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم
مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل الصفقة
تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق
بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة
عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر
يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر
يلزم البائع **قال** رحمه الله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان
خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذلك
خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا نحتاج الى اعادته **قال**
ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان
العلم بالاوصاف حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفواته العلم بالاوصاف يثبت الخيار
فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت احد المتنافيين وهو العلم
بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه
كما اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم
ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة
لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع
مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لانه لا اثر وان
كان له ذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير
فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض
والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء
من المعقود عليه والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض وقوله الا اذا بعدت
المدة على ما قالوا اي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول
قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول
قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال الا انه لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك

بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله يعني إذا اختلفا في
الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول
قول المشتري لأن البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول
قوله مع اليمين **قال** رحمه الله ومن اشترى عِدل زُطي العِدل بالكسر المثل ومنه
عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي
ولم يره فقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لأنه لو لم يقبض
لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلّم لم يرد شيئا منها أي من
الثياب الزطية إلا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا وأنث في قوله منها
نظرا إلى الثياب فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا إذا اشترى عدل
زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه
وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيار يمنع تمامها كخيار الشرط بخلاف خيار العيب
فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسألة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه
فلو عاد الثوب بالذي باعه إلى المشتري بسبب هو فسخ بأن رد المشتري الثاني بالعيب بقضاء
أو رجع في الهبة فهما بحالهما أي المشتري الأول أو الواهب على خياره فجاز رد الكل بخيار الرؤية
لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف
أن خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لأن الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

أخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام وإضافة الخيار
إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه إذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار إن شاء أخذه
بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة أي سلامة المعقود عليه
عن العيب لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عدّاء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب
في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا
غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الثلاثة فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة الداء المرض
في الجوف والكبد والرئة فإن المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد
والرئة وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الأفعال والإباق
والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة
المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل
في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فإن قيل تقرير كلامه على
على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لأن مطلق العقد إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما
له وإذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو العقد اللازم ومن
انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له أن يمسكه بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل
والزمانة والإصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة والإصبع الناقصة وأما

أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا
والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى
الأول والثاني لئلا يؤدي إلى المزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث قوله في مجرد العقد احترازا
عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولأنه لم يرض بزواله دليل
آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو أرشه وتقريره أن البائع لم يرض بزوال
المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم
رضاء البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون إلزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر
ما لا يخفى والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا
ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع إذا باع معيبا فإذا هو سليم البائع يتضرر بها لأن الظاهر
أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه
لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالما بصفة
ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو لزمه العقد مع العيب
تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع
ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين رضا
بالعيب دلالة **قال** رحمه الله وكل ما أوجب نقصان الثمن في العيب لا يخلو عنه أصل الفطرة
السليمة وذكر المصنف ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال
وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية ونقصان
المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله **قال** رحمه الله
والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل إلا إن أبق من مولاه ما دون السفر
من المصر إلى القرية أو بالعكس فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء
فلو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاها فليس بإباق وإن أبقت منه ولم ترجع إلى مولاها عالمة بمنزله
وتقدر على الرجوع إليه فهو عيب وإن فات أحدهما فليس بعيب وإن بال في الفراش وهو
مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك وإن سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذلك لإخلاله
بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ولا يشق عليه حفظ ماله على الدوام ويقطع يده في سرقة مال
غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره إلا في المأكول لأن للأكل فإن سرقها من مولاها ليس
بعيب فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال الصغر فهو عيب يرد
به وإذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما إذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند
المشتري في كبره فلا يرد به لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب
قال رحمه الله والجنون في الصغر عيب أبدا معناه أن الجنون فارق العيوب المذكورة
في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لأن السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فإذا جن في يد

البايع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما قال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المستقى بناء على ان اثاره لا ترتفع وذلك يتبين في حمايات عيسى لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء واصل في العقد المذموم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير **قال** والبخر والدفر عيب في الجارية الدفر ريحه منتنة تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر والبخر ذفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه وليس بمخل في المقصود من الغلام وهو استخدام الا ان يكون ذلك منه على ما قال الشارح فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة **قال** والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن الكفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل الرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فله رده في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب لانه اولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات كما لو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع حيضها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء فيما روى عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشرا فيما روى عن محمد او سنتين فيما روى عن ابي حنيفة وزفر انها لم تحض لحبل بها او لداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت السن المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض كل اوان والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى الحد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فاذا انكر البايع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة

وصدها

وصدها انه يستحلف البايع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتاكد فجاز ان ينفسخ بشهادتهن **قال** واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بافة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او خمس او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عن البايع ويجوز ان يتوجه الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا ان يرضى البايع اي بان ياخذه بعيب الحادث لانه رضي بالضرر والرضا استاط حقه كما اذا رضي المشتري بان ياخذه بعيب القديم فان قيل انه قولكم الا وصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وهاهنا كذلك لكما **قال** ومن اشترى ثوبا فقطعه ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع لانه هو عيب حادث لا يقال البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البايع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب وكان في شرح الزيادات المقرون بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبايع لا لفعل باشره وعدم الرد وان كان اضرارا للمشتري لكن لعجزه بما باشره وكانا سواء فاعتبرنا ما هو انظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان استيفاء لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بيضا او نحوه فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان البيع افساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيحمل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البايع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البايع فاذا المشتري بعيبه بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليهما ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربا فليس للبايع ان يقول انا آخذه فتعين الرجوع بالعيب دفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة محكي تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمحضت

تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصل المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصل المتولدة كالولد والثمر يمنع منه سلامة من التحليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك الا ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه من الرد برضى البايع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قايما ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان ولكن البايع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظيرها اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج اليها الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظيرها اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قال ومن اشترى عبدا فاعتقه اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشتري بالياس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل وكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه حينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده

ويلد

وبه الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت والموقت ينتهي بانتهاء وقته فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لانه النقل الى ملك البايع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منهي دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بما صلح من العوض فلهذا تثبت الولاية وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يقتضي بدله كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية على المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا العدم نفوذه وهي افتى الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستفيضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس يوجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره فوجد عالما بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او ظاهرا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه

اتكانيا

فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال لما ينتفع به اما في الحال او في المآل
والمذر ليس كذلك ويفطن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا
واذا صلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجد قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد
وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا
فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع
يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل
ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في
الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب
بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا
كان المبيع بيض النعام فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا
الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان
ما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيبه بالكسر الحادث لكنه لم يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان
من الجانبين وقال الشافعي يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليط على الكسر في ملك المشتري
لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وهذا هدر لعدم ولايته
عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل
التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كاثنين في المائة
او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عندنا لا اقدام
على العقد الظاهر من حاله الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز
ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال
ومن باع عبدا فباعه المشتري • ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء
القاضي او بغير قضائه فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء فهذه الصورة ان الخصم
ادعى على المشتري بالاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل
لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس
له ان يرده على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله المخاصمة والرد بالعيب
قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر فانه قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول ان به
عيبا لكونه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا
بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء
انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل
اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما
نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على

الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الآخر وان كان الثاني
فليس له ان يرده لانه اقالة وهو بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا
رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بينهما كان الرد
بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد
بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصرح بذكره في الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في
عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح
والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء
فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات
بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة يعتمد التراضي
فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من
جهة البائع الاول ليخاصمه قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا • ومن اشترى
عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة
فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او يتبع
واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري
وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين ينتهي الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح
لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بانه من باب علفتها تبنا
وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج
تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار
لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله
علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله
تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار
وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم
الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري
انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة
وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين
المبيع بحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن
اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولابد حينئذ من حجة وهي اما بينة
او يمين البائع فان قيل فهذا التعليل فاسد الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد
اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع
يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله ولانه لو قضي
بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق فما له

المشتري عن العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق وتقريره أن ما ادعاه وإن كان موهوما
لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فإنه إن قضى بالدفع فلعله يظهر
العيب فينتقض القضاء قال فإن قال المشتري شهودي بالشام إذا طلب من المشتري إقامة
البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فإن حلف دفع إليه الثمن لأن في الانتظار
ضررا بالبائع فإن قيل في إلزام المشتري دفع الثمن ضرر له أيضا أجاب المصنف بقوله وليس في
الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته يتمكن من إقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث
من وجهين الأول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني
أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه
والجواب عن الأول أن القاضي ههنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا
يلزم البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون ذلك منه مماطلة
فلا يسمع قوله في حق غيره وإذا طلب المشتري يمين البائع فنكل لزمه العيب لأن النكول حجة في
ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول في الأشياء
الستة عند أبي حنيفة قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا أي إذا ادعى المشتري إباق العبد
المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فإن أقام
بينة أنه أبق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري
فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة
قال القاضي للمشتري هل لك بينة فإن أقامها عليه رده عليه وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف
أنه لم يأبق عنده وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكرا
لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لأن السلامة أصل والعيب عارض
ومعرفته إنما يكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعي والمشتري
في هذه الصورة ليس بمدع بل دافع إذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذمم
عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فما الفرق بين
ما نحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر دينا وأنكر المدعى عليه ذلك فإن القاضي يسمع دعواه
ويأمر الخصم بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الأول بأن إقامة هذه البينة في
تتمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الإقامة فكانت من المدعي بهذا
الاعتبار وعن الثاني بأن قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل
المدعي إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة وإن كانت له بينة لكنه لا يقدر على إقامتها لموت أو غيبة
بخلاف ما نحن فيه لأن توسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد
أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل
وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق
عنده قط كما ذكر في المبسوط وقيل المراد بالمذكور ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ما له حق

الرد

الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا
العيب لأن العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى
وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه
بالشرطين جميعا والجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود
العيب في الحالين جميعا فوجوده في أحدهما يكون بارا لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه
يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه
ليس بصحيح ولكنه يتوهم لذلك ما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال إلا
أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم إذا استحلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والأصح
عندي الأول لأن البائع يبيع العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه إذا لم يكن العيب
منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال إنما لا يحلف
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله ولو قالوا
إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو
يناقض قوله لا يحلف إلا إذا حمل النفي على الوجه الأحوط فيستقيم فإن قيل الإباق فعل الغير
والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في
المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم
إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه
العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده فأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق
عنده هل له ذلك أو لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور
في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة لهما أن الدعوى
معتبرة لأنه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء
ولأبي حنيفة رضي الله عنه على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى
صحيحة ولا تصح الدعوى إلا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما إلا بعد قيام
العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم أن كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف
فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا يستلزم الدعوى فضلا
عن صحتها بل قد تتحقق على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق أن التحليف
شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة للخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما إلا بعد ثبوت
قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة ههنا فمشروعة لإثبات كونه خصما فلا يستلزم
كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات
على ما تقدم ثم قال المصنف إن كانت الدعوى في إباق الكبير حلفه ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال
لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلفه مطلقا كان ترك النظر
في حق البائع لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر

ومثل هذا الاباق غير موجب للرد استحلف البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه
بالرد لنكوله ويتضرر به **قال** ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية
وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشترى بها عيبا فاراد البائع تخصيص الثمن على
ما تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول
المشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف بما قبض
كما فى الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى
غلامين وقال الغاصب غلام واحد فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على
مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض فى مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع
قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احديهما فالقول قول المشترى لما بينا ان الاختلاف فى
مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض
كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما **قال** ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر
عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما
ان تصرف المشترى بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما يتم بقبض الصفقة
بقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو
لا يجوز لما ذكرنا يعنى قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله وهذا اى التفريق فى القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد حيث
ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد لا يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك
الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق فى القبض كالتفريق فى العقد ولو قال بعت منك هذين
العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا **قال** ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا
فيه اذا وجد المشترى بالمقبوض عيبا قالوا فى شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام
المصنف يشير الى ان الاختلاف فى بين العلماء فانه قال ويروى عن ابى يوسف انه يرده خاصة ووجهه
ان الصفقة تامة فى حق المقبوض بالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك
لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض
بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان
يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يخلو عن ضرر
اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردى فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار
الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ظاهر بخلاف
خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر فى خيار الرؤية ان الصفقة
لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضى
من المشترى عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة

تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشترى لا يقال لو كان كذلك
لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام
وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف فى شيئين يمكن على افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا
لم يمكن كزوجى الخف ومصراعى الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف
احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ولهذا اى ولان الصفقة
تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشترى ان يرد الآخر
بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام **قال** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن
تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض فى سائر الاعيان وبعده يجوز فى غير المكيل والموزون
واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان فى وعاء واحد او وعائين على اختيار
المشايخ وقيل اذا كان فى وعائين فهو بمنزلة العبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده
على الوجه الذى خرج من ضمان البائع وجه الظاهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد
اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما واما الثانى فلان المالية
والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز
بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفى الشئ الواحد اذا وجد ببعضه عيبا
ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشترى
وهى فى الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل
لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقى اذا استحق البعض بعد القبض كما فى الثوب الواحد
وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابى حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما
لزم العقد فى الباقى ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا
يوجب عيبا فى المستحق وغيره لانهما فى المالية سواء والانتفاع بالباقى ممكن وما لا يوجب
عيبا فى المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان
تمييز المعيب من غير العيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره
والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال
تقريره انتفاء الخيار فى رد ما بقى يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق
لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا
المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا
قلنا فى الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعدما افترقا بقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعى
تمام رضا العاقد لا المالك وهذا اى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض
واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يشير الى ان تمام الصفقة
يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا
وقد قبضه المشترى ثم استحق بعض الثوب فللمشترى الخيار فى رد ما بقى لان التشقيص فى

في الثوب عيب لانه نقص في المالية والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد
في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس
بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون
فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يتضرر بالتبعيض بكلام المصنف يجري حكم العيب والاستحقاق
سيان قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما في العيب فظاهر واما
في الاستحقاق فلقوله لما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام واما
حكمها بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبد ثبت ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الاخر وقال في المكيل والموزون رده كله او اخذه وعراده بعد القبض قال ولو
استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا
مداواة المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عند رضا بالعيب لان [ذلك]
دليل قصد الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لانه نقيضه وهو قيام العيب شرط
التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة تقوم مقامه فلا يتمكن من الرد
بذلك العيب ولو داواه بعيب اخر لا يدل على الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته يبطل
خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها
او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون منه بد او لا لان في الركوب
ضبط الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب اخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا
لصعوبة الدابة لكونها شموسا او للعجز عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد
منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب له رضا لان حمله ممكن بدون
الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري
لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسك ويرجع بنصف
الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب
القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون
المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لانه مباح اليد او الدم لا يشتريه كل الناس لانه
اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا
قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فلان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو
عين الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا
اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل
ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله
العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن

ان رده

ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا
عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة
الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة رح فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا
ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت
هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن تعلق
النفس بسبب القتل والقتل مستلزم للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي
تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها هي المستحق واما اذا مات في يد المشتري
فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل
فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص
في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطاء كانت الدية
لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق
في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا آنفا وعند ابي حنيفة رح
لا يرده الا برضاء البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله
البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لان اليد قطعت بالسببين
فيرجع بما يقابل نصف اليد فان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت
بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما نصفين والنصف الاخر يرجع
فيه على البائع لرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع
فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلو لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول الجماعة
نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل اما تذكرون ما تقدم ان العيب
والاستحقاق يستويان قبل القبض ويجريان في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا
بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا فيما لا يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما نزل منزلة الشيء
لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي تمسكا بما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول
لبعض المقبوض من الاصل لما تقرر انفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في
يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة
فيرجع بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رح كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير
على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير [illegible]
حيث لم يبعه ولا كذلك الاولون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب
اي قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم
بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة رح في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع
وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه
كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فللشبه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن وللشبه [بالعيب]

قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعلوه كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع
حيث علم به واشتراه قال شيخي لانه اذا اشتراه وهو يعلم بحريته ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة
يرجع بالثمن ايضا اذا قبل عبده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء
لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل وفيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق
لا يمنع الرجوع على البائع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري
مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقة لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا
سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض وبعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونها اصح
او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل
وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب وانه عيب من وجه واذا كان
كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة
فاجري مجراه قال ومن باع عبدا وشرط البراءة عن كل عيب فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح
سمى العيوب وعددها او لا علمها البائع او لم يعلم وقف المشتري عليها او لم يقف اشار اليها او لا موجودا
كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية وقال محمد
لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر
اذا كان مجهولا لم يصح البيع وفسد الشرط وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يقل عن عيب كذا
وعن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيوب حتى يسميها ما لم يره المشتري وقد جرت
هذه المسألة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة ارأيت لو باع جارية
في الماق منها عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارأيت لو ان بعض حرم
امير المؤمنين باع عبدا امرد سوءته برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك وما زال يحتج حتى افحمه
وضحك الخليفة مما صنع به والشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد وفي قول
اخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على ان هبة الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء
معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فرد البراءة لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بجهالة اللفظ ويصح الابراء به باسقطت
عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي
الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات لتفويتها التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور
في الاسقاط فلا تكون مبطلة له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم
قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما فيه من معنى التمليك
ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلنا لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفضي الى التسليم كما اذا
باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج
الى التسليم اولى وصح قول محمد ان البراءة تتناول الثابت البراءة لان ما حدث مجهول لا يعلم
اصحابه لانه حادث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من الابراء

الزام

الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة لتعقد على التسليم الواجب بالعقد وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب
وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولو سلمناه ولكن الفرق
بان لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل
في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة
غير مانع في الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعتك هذا العين
على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب
بالفاسد وان كان يشتمل عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو
ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو
مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به او الانتفاع المقصود منه او الاطلاق
عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصيل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع
بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والخنزير باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال
لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة ليخرج المخنوقة
وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف
في التجنيس وان كان ميتة عندنا لغلوق الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم
وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلا ملازم الاستغراق على عمومه في سائر المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر
والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فان شاء المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم
عند بعض اهل الكفر وانما قلنا بذلك لانه مال عندنا بالاضافة لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل
تقومه في حق المسلمين ولا يلزم ان يكون كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزونة ولو اراد
بقوله عند البعض المسلمين لم يصح الجواب ولكنه خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف فيه
اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فان الباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد
ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض
المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله الامام
في شرح الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعضهم
شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه كان مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فلان يكون ههنا
والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما
اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى
وقال المصنف في مسألة الخمر الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما بينا ان شاء الله

تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان ذلك القبض باذن المالك بالاتفاق
واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في الزيادات انه لا يملك قالوا ذلك محمول
على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملك فقبض الثمن
منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا
وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد وحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك
مطلق للكل وليس له ذلك فالجواب انه لم يحل وطؤها واكلها ولم يثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال
بالاكل والوطء اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان
المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط
البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة وقالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها
وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد
وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذ بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد
وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا
وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما
على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل هذا
واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري بقيمته في البيع الفاسد وفيه
خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني
كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست باموال فلا تكون محلا للبيع واما بيع
الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يلاقيه بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا
يفيد ملك الخمر اصلا بالقبض وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض
ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما عرف
تعالى قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يملك مقصودا بكونه
متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله
بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما هو المطلوب
في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك اعزاز له خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف
المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد
تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها
وخلاف ما لم يخل يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون
البيع فاسدا لان وقوع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء ولكونه مقايضة جعل كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا
فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان
قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره به
لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والحكم خلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق

قد ثبت

قد ثبت لهم وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان الاستحقاق عبارة
عن جهة حرية لا يرد عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت
بقوله عليه السلام اعتقها ولدها فينتفي الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه
على حقه فلا يصلح دليلا لانه يجوز ان يكون مرادا بالمجاز وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق
المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب
الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما
غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال
اولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا
الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم
الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة
لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الاخر
وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل
بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يبطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر
بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية المبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء
باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة
ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم
المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر
الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقطه برضاه
انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير
المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا البيع على الظاهر
بل الروايات منه في حق المدبر روى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب
واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها
والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وكذلك
ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا
الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان ولهما ان
كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم
اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل كالمكاتب
لا يدخل تحت البيع ويملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه
في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المراد هو القبض لا الدخول في العقد

وعند المغصوب ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في اموال الحاق حقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة وقوله وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليه وليس ذلك مستبعدا بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا له وعبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذا هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلم الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم ير وقوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله يعني في الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بمأخوذ فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها لا لمجرد الاجتماع في ملكه فلا يكون كما لو باض طير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملكه لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه لمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار **قال** ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعدما ارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج اي الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم والكتاب يدل بالتنوين هاهنا على الحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليها التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قال** ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا لا لبنا والغرر منهي عنه والنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان ولان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو [illegible] كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط ولو ربط خيطا في اعلاها وتركها اياما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري وما تحته من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فانه ينمو من اسفله فاذا اخضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نمى فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قال** وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع او لا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر والبزر في البطيخ لم يصح وان سماهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها واشباهها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فيتعلق العقد بما لا يتصور لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع عين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع المعين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها [illegible] لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع [illegible] واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان كانه معدوم فكان العجز عن التسليم هنالك معنى اصليا لانه اعتبر عدما حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال مختلط انما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكما لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع وانتفى الضرر زال المانع فيجوز وعلى تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم **قال** وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي التهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا والمعنى فيهما كما مر

وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوص شيئا
قال وبيع المزابنة الخ وفيه والجزء والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالتمر بالتاء المثناة
مجذوذ بمثل كيله على النخل من التمر خرصا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبع على الرأس
تمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي عم نهى عن المزابنة والمحاقلة بيع الحنطة في
سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة
الربوا الملحقة بالحقيقة في الحرمة كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع
العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق
وله في قدر خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها
بان يباع التمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق والاستثناء يضر فقوله بخرصها على انه
جوز التمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان الآثار
الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها
ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله
في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع
ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهو يتحقق لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك
الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه
للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة
على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا
بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء
على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان
القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على خلاف التقدير بينا فقوله عم المشهور التمر بالتمر
مثل بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر هو ان البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها و
وساومها المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة وهو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري
بيده فيكون ذلك بيعا لهما عارضين الكلام بذلك او لم يرض وبيع المنابذة وهو ان يتراوض الرجلان على السلعة
فيجب البيع التام للمساوم لتعليقها اياها فينبذها الى صاحبه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء
الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب حجر الحصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها
ولم يكن لصاحبها ان يتراجع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب
يشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر لصحتهما لانه فسرها ولان فيه تعليقا
بالخطر والتمليكات لا يحتمله لما فيه من معنى القمار ولانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه
الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين بجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام

فيه

فيه قال ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من
الحشيش كما روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ
المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض
واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ او لم يكن اما عدم
جواز بيع الكلأ غير المحرز فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عم الناس شركاء
في الثلث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع
بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار
المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في
ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتش وتدفعه
الي او تدعني آخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهر واما اذا انبت صاحب الارض
بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد
ان يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة
بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا
يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة
والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان
استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد
الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة
كالصبغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئورة
ولم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرح انها فاسدة حتى يملك
الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز
بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محوزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة
باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع منه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير
مأكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة منها لا الحشرات لا يجوز بيعها
قال في الجامع الصغير ارايت ان وجد فيها عسلا فلم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها
ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع [illegible] منه جواب عن قولهم حيوان منتفع به يعني لانه
انما ينتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز
عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل باعيانهما وفيه
بعد خروجهما بقوله بما يخرج منه وان كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه يكون منتفعا به حتى
لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها
عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر
واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز

افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول
انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر
في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود القز وبيع دود القز بيضه وهو البزر
الذي منه يكون الدود ولا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه
وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى
واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان
الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان ابا يوسف لم يجوز بيعه
بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور
التسليم وكان من حقه ان يذكر عند قوله ولا يبيع الطير في الهواء وانما ذكره هاهنا اتباعا لما ذكره الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة لذلك قال ولا يجوز بيع الابق بيع الابق المطلق لا يجوز لما ذكره محمد
في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الابق ولانه
غير مقدور التسليم والابق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق احد المتعاقدين جاز
بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير ابق في حق المشتري فينتفي
العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا
عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه ليرده فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه
امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان
قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه
وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو
الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول
ابي حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا
كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان
فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه ابقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم
ما ليس في يده ولو باع الابق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد ويحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية
وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان شرط المحل القدرة
على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلم في المجلس
وعورض بان الاعتاق يجوز فلو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلايم التوى
بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع
ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان ملك المولى
لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي
وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من
مشايخنا واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه ففسخ العقد بينهما ثم

العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا بيع لبن امراة في قدح قيل بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم
ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال لا انه لا يجوز في قدح وعند
الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر
فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي
ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا
بالاتلاف كبقية اجزاء الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بل المضمون ما انتقص من الاصل
الا ترى ان المجروح اذا اندمل به الجرح سقط الضمان وكذا السن اذا نبت قوله وهو مكرم لان الادمي بجميع
اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما في
البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة
وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء
بالكل والجواب ان الاعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها ولما حل فيه
الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق بمعنى العتق
وهو اي المحل هو الحي ومعنا انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حيوة
في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد
بكونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني
مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا
يدل ذلك على كونه مالا كالميتة يكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه قال ولا يجوز
بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه
الاجماع ولانه نجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل
عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى
بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث
ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده
عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة
الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء
لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث اخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز
فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان قال ولا يجوز بيع شعر الانسان بيع شعر الادميين و
والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق
راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به
وجه الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء منه مهانا وفي
البيع والانتفاع ذلك وفي تبيين ذلك قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من
تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا فيها

فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين
متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه مبادلته بما هو عزيز
اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس
كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف
المحل شرعا ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الآدمي لا ينجس بالمزايلة فشعره
وهو طاهر اولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة
الانتفاع به وهو مجوز بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما تتخذ من الوبر ليزيد في
قرون النساء اي في اصول شعورهن بالتكثير وفي رواية بالتطويل فلا يجوز بيع جلود الميتة قبل
ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي عم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرطوبات ومثل ذلك
يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم تزايل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة
الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين الاحتجاج فالجواب انه نهي عن افعال
حسية وهو نفس الانتفاع المتعرض لتطرق عليه ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها
طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبات كالذكوة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام
الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الحيوة
لعدم الحيوة وقد تقدم في كتاب الصلوة والفيل كالخنزير نجس عند محمد رح اعتبارا بحرمة اللحم
وغيرها قال لا تعمل عليها الذكوة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه
ينتفع به ركوبا وحملا وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه
انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز **قال** واذا كان السفل لرجل وعلوه
لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان
احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم
يكن لها شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات
ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فيمن سقى ارض
نفسه بماء غيره يضمن ولانه له قسط من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشراء
ارض بشربها بالف والآخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض
الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال ولكن يجوز
بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية **قال** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع رقبة الطريق وهبته
جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو شيء
محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض
للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة
جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه

فانه

فانه جائز ايضا ذكره قاضيخان وهو محتمل المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض
جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها
طريق لرجل آخر ليس لهم ان يمنعوه من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق
فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن
لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل
يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع
وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد
لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر واذا عرفت هذا فان كان
المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية
الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق
المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالباب او المقدر بما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون
على السطح او الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا يتعلق به ما يكون مجهولا لاختلاف
التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول لجهالة محله فلا فرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية
ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تحتاج الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكر بقوله لان
حق التعلي تعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق
بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما العين التي هي مال
او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه **قال**
ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد
يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية يكونان جنسين لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت
كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت وللاستفراش وللاستيلاد والذي لا يصلح
لها الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل
والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس والتجارة تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل
والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب
الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا جنسين مختلفين على
ما قال المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرفت هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان
كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه
فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لان التسمية التي هي ابلغ في التعريف
من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفه بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني
مجردا عن بيان صفته والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق
بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمي موجود في المشار
اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد فاذا

باع كيتا فاذا هو نجمة انعقد البيع لكنه تخير لفوات الوصف المرغوب فيه، فانه اذا خرج عن كونه
معرفا جعل التريع بمصنوعا للايقاد فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار
وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر
انه صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر
الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زايدا
فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان المشتري
قد يكون محتاجا الى الخباز فبالنام الكاتب تتضرر فلا يتم منه الرضاء واما الثاني فلما تقدم ان المشتري
اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية
بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البايع بخمسمائة درهم
قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه
جائز مع غير البايع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او
بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراءها باع لا يخلو من وجهين اما ان يكون من المشتري
بلا واسطة او بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول
او بانقص او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق
والاول هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياسا على الاقسام الباقية وعلى ما اذا باع من غير البايع
فانه جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو
ين فعن امرأة العالية رض ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم
الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة قبل محل الاجل فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها
زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الدليل
ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول واجزية
الافعال لا تعلم بالراي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقل الصحيح لا يجازى بذلك
فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف
بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكونه البيع
الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي
رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع ان العقد الاول
المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان
يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها آية الربا دليل على ان ذلك للربا لا
لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالدة بالبيع فانه
جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثم بل للتفريق حتى لو فرق بدون البيع
كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال لان الثمن لم يدخل في ضمان البايع لعدم القبض فاذا وصل

اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز
بخلاف ما اذا باع من غيره لان الربح لا يحصل للبايع وبخلاف ما اذا اشترى البايع بواسطة
شخص آخر لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف
ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري
والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف
ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء
الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا
وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من
حيث الثمنية كالشيء الواحد فتثبت فيه شبهة الربا قال ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من
فروع المسائل المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع
في التي اشتراها من البايع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه
فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعها بالف وخمسمائة
فان البيع فاسد ذكرها الحاكم في الانوار شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة
المرضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما اكثر من
خمسمائة فلا يجري فيها الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه انا
لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة جاز وهلم جرا وليس للبعض بالحمل
عليها اولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه
الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على انه معارض بان نجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة
مائة ومائتين وثلثمائة او اقل او اكثر فيتعدد جهة الجواز وليس للبعض اولى وبان كل
جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في حقها بلا جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح
بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد
تنفيه والترجيح هنا للفساد ترجيحا للمحرم ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان
الفساد ضعيف فيها لامرئها لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلانه
كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لانه خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة
فكيف يوضح المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا حنيفة ابطل اسلام القوهية بالقوهية
والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند
الشافعي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما ثانيا فلان الفساد
في المشتراة باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة وبيانه ان في المشتراة شبهة الربا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبايع بالعقد الاول لكنها على
شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع

الثاني يقع الامن عن نصيب البائع بالعقد الثاني شترياً ثمانيجمسمائة من هذا الوجه والشبهة
ملحقة بالحقيقة في باب الربوا وأما الان الفساد طارى بالوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين
وهو مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان تكون بازاء ما باع اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم
الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فسد البيع فيما باع وكان
فيكونه طارياً فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة
فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الاخر والبيع جائز في العبد لان تسمية الثمن
في البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك
لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها
قبل نقد الثمن بخمسمائة تتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية
والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسدها وذلك لا شك في طروه فلا
يسري الى غيرها **قال** رحمه الله ومن اشترى زيتاً على ان يزنه بظرفه اشترى زيتاً على ان يزنه بظرفه
ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه
ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين يخالف
لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح بوزن الظرف جاز لكونه موافقاً لمقتضاه **قال**
رحمه الله ومن اشترى سمناً في زق ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف فوزنه فجاء عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر
في تعيين الزق المقبوض او في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض
ضميناً كان كالغاصب وامينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون
القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف
فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصداً وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف
في الزق والنفقة فيها انما الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجبه التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدعي
عقداً اخر واما الاختلاف بناء على اختلاف فيهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه **قال**
واذا امر المسلم نصرانياً اذا امر المسلم نصرانياً ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافاً
لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالاً ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا
يلي هذا التصرف فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسياً بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل
الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة
المعتبر في هذا الباب اهلية التوكيل اهلية الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية
التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك والثاني اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكماً للعقد لكنه
يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثاً اذا اسلم مورثه
النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فانى يتشابهان
لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري لكانه يثبت

بدون اختياره كان الموت والا ترى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمراً يثبت الملك فيها لمولاه
المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهلية لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به
ان كان خمراً سيبيه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة هناك كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا
يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل اخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول
وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا امر ذمياً ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي اخر وهو لا
يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وترك خمراً فان الوصي يوكل ذمياً بالبيع والقسمة
وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع
الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قال** رحمه الله ومن باع عبداً على ان يعتقه المشتري شرع
في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً للفروع عن اصحابنا وتقريره ان
الشرط ينقسم اولاً الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك
للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم
الى ما كان متعارفاً والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى
ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما
هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده
العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك
لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض
عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف
ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما عرف فيه يجامع
كونه شرطاً والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع
عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً بالوجهين لان فيه زيادة عارية عن
العوض لانهما ما قصداً المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال
لا تطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه ما
جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسبب المنازعة
فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان
فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله
الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلاً فاشتراط منفعته
كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد في البيع
صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى
الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغواً وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع
به نص عليه في المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي

فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة
في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه
او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا تقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود
عليه لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي الالزام حتما و
المنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا
انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد
كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا
وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في
المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن علم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان
تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الآخر
ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه
بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك
التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة تستعينها في الكتابة فقالت ان شئت عددتها
لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن
الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي كما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث
والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك
الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرنا وليس فيه
اشتراط العتق في العقد وعائشة اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك
فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب
قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله
عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء
المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن
عند ابي حنيفة وقالا لا يبقى فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة
وقد وفى المشتري بالشرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة
ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف بالمغايرة للاطلاق
ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له ولهذا ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط
فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من

شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا فان كان الاول فتحقيقه
يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه
فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا
بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا
ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم
تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك
لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة
والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق
والموت **قال** رحمه الله وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او البيع بهذه
الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث
لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعتك هذه
الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبل المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لا ضمانا
عن المشتري لانها ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يجعل على نفسه شيئا من
بدله فكان اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وايضا
اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن **قال** رحمه الله
ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالاجل في المبيع العين باطل لاقتضائه تحصيل الحاصل
فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل
وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه يفسده لحاجة الى التحصيل **قال**
ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول
ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه
كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجر داره
على جارية الا حملها او رهن جاريته الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها
عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل
بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها
وذلك لما ذكره من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا
القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به يتصل بانتقاله
ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب للدلالة على ان المستثنى
مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا فقوله غير ان المفسد في الكتابة
استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون
مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته حيث دخل في
البدل اما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح

لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يحط لا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه
بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا
وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات
لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه
للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء
واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح وللجارية وصية والحمل
ميراث لعدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشروط الفاسدة واما
صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما
اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل
المذكور واعترض على قوله الاصل فيما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم
من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بان
قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم
ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به
في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا
ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل
حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية
واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما
منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصى فما صلح
ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه **قال** رحمه الله ومن اشترى
ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة وفيما تقدم صفقتان
وكأنهما سواء يشير اليه قوله على ما ر وقيل قال ههنا صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية
وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية **قال** رحمه الله ومن اشترى نعلا حذا النعل
بالمثال قطعها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال او شرك النعل
وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على
ان يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ
الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان
وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وصح لكن يجوز للتعامل جوازا الاستصناع والبيع الى
النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم

نصارى وفطر اليهود ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار
ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة والمجادلة في النقص
والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع
وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز
لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قال** رحمه الله ولا يجوز البيع الى قدوم
الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس
وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب عن الكرم والفتح فيه لغة والجزاز
قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز
للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة
لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب
على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة
فيها فان عائشة كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس
منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر والفاحشة
ما كان في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا
لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى
اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة
هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن
الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه
على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال
اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل
تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا
كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل
كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه
في التقرير ولنا ان الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع
المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا تفيد سقوطها
كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجيب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو
الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرتم لان الفساد فيه في صلب العقد وعورض
بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد
واذا باع الى ان تهب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم
الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته
جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا

بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد
قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد
غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب بأيام الحصاد ونحوه ثم تراضيا خرج وفاقا لانه منزلة
الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال رحمه الله ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا
اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا
مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا
لزفر فيهما اي في العبد والمدبر او في الجمعين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي
كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل هو خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء وكان بمنزلة
من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر الاعتبار بالفصل الاول لعدم الجمع بين الحر والعبد بجامع
انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد انا سلمنا ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم
يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه
كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد
مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا
لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر
واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا
فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ
لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه
منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في
الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في
الحر انما يكون شرط القبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بتفرق العقد
في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر واجيب عن الاول
بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر لفظ البيع او الشراء وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني
بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال
بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع
وهو الربا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا
ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب
عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع فهو كذا

متصل بقوله لان الحر لا يدخل تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان
وقوله ولهذا ينفذ بيعه باذنه يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته
وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز
بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف
السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء
في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف
وقد قال في اول الكتاب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز
المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز
ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ
ههنا عرفنا المحلية فيها والمحل للبيع هو المال فبقيام المالية عرفنا انهم دخلوا في العقد وكان
الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاق المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى
عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة
وهذا اي الجمع بين القن والمدبر واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا
بالحصة ابتداء يعني لما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من
العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر **فصل في احكامه** واذا قبض
المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع
عندنا ينقسم باعتبار غيرها الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح
وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان
مال ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض لينبه ان الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل
لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة
والمعنى بالدلالة الاذن وهو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم
يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقا وقيد بان يكون في العقد عوضان ما لان لغاية سنذكرها
وقوله المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك
التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك
لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها
ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية
تقتضي الحسن وبينهما منافاة والممنوع المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض
وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد
مشروع باصله لان ركن البيع هو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله في
الكلام في انه لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل ما كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده

هذا على انه المنقسم صح

لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي
عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه فنفس
البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصف مجاورا
كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان
المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا
فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هنا الكراهة وفي المتنازع فيه
الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي
عنه كما زعم الخصم والمجاور رجعا والمتصل وصفا سببان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه
ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان كما هو التقرير تطلع
على ذلك قوله فانا لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده
قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع
لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان
المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته
عن المطالبة والمصادرة والتسليم والتسلم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل
القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه
لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره
كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق
بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط
لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط
اهدر الغير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض
يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد
وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد
الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط
اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد
ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجها الى ما يعضد العقد من القبض وقوله والميتة ليست
بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال
فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوائل
البيع الفاسد واراد به ما قال واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل
ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء آخر اي دليل آخر سوى
ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر
وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلت القيمة مثمنا لان كل عين تقابل الدراهم

او الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا وجعلنا بذلك في
صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض
باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر صاحب الايضاح وسماه الرواية
المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليطه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه
كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع
فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب
اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض
استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على
المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف
على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه الشرط وشرط ان يكون في العقد عوضان كل
واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة
والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فهذه الاشياء
سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثبات ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان
وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات
المتفاوتة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه
مضمون بنفسه بالقبض فشابه المغصوب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى
اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال رحمه الله ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه رفعا للفساد كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع دفعا للفساد وسواء كان
قبل القبض وبعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم
واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد لمعنى في احد البدلين كبيع درهم
بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد المتعاقدين والبيع الى النيروز
والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة
الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا
كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص
واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه
ما ذكر ان العقد قوي وكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله
ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق
للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه
كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه

بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير
او يحتمله كالبيع والهبة ورُدّ بان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كان جارية لم يحل وطئها ذكره
في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله
قال لان البايع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سُلّم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى
وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق استرداد
البايع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع
حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة
او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك
حق العبد فكان ذلك تخلفا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد
الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج
ليشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان
للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى
لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا اوصى المشتري
بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري
الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري لديه فحكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب
فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال لصيد ثم احرم
فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال
في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل آخر
على سقوط حق استرداد البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من
معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا
في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل
بتسليط من جهة البايع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البايع الاول حيث
كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود
البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك
الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا من ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من
جهته قوله بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف
لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حق الغير لكن
للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان
في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض

اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند
صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل
التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما
يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال
رحمه الله ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه
باذن البايع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد لو تركه
او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه
ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه
بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم فشابه الغصب و
وبالاعتاق قد هلك حكما كالمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع
حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما
لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان
حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل و
وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فايدة لانه ثابت في جميع الصور التي تنقض
التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبايع
ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون
اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة
فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله وهذا اي
انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع
لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون
الرد امتناعا ولعل الجواب من اشارة الى المذهبين فيها قال رحمه الله وليس للبايع
في البيع الفاسد ليس للبايع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية
اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البايع في مقابلة المبيع عوضا
كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع
محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يكون فرع المبيع الحابس باخذ الثمن من البايع كما في الرهن
لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع
قيمته كما في الغصب وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته
لما تقدم من ان للمشتري حق منع البايع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من يقدم عليه حال
حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء
فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها
بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين

والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيينها للقبض للرد على الروايتين وهذه رواية
ابي حفص لاعتباره بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البايع
بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض بالاسترداد ان الدراهم
المغصوبة تتعين للرد حتى يجب رد عينها اذا كانت قايمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوايد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان
فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين **قال** رحمه الله ومن باع دارا بيعا
فاسدا. من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف
هذا هو قوله الاول وقوله الاخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع لانه يحتاج فيه
الى القضاء او الرضى ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم
ان البايع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى اولى ان لا يبطل
به وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البايع كذلك ولابي حنيفة ان البناء
والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع
الحاصل من المشتري بخلاف حق الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع
وكذا لو باعها من اخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن وبالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في
البيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى
من حق البايع لوجوده منه وهذا التقريب ينبيك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل
وانما ادخل فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام
ولعله ذكره لانه يلحقه بالبيع في كونه منهيا معترضا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا
للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لانقطاع
حق البايع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري
واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البايع
بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واجيب بان ما ذكر فليس بوارد لان البايع مسلط دون الشفيع
ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا نقض
البناء لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء
المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ اجيب
بوجود مانع اخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع اخر في الجملة
وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع
فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع دون وجوب القيم في هذه
المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل
على انه مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة

وهذه

وهذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها
وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته فمن
فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البايع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البايع لان وجود
الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه
في انقطاع حق البايع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد قال شمس الائمة السرخسي هذه
المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة
انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى
يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل لما
كان هذا الموضع محتاجا الى التاكيد كرر المصنف قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق
لانه قال رواه يعقوب في الجامع الصغير الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه
الا اذا اريد بالجامع الصغير المسايل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد **قال**
ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم
والدنانير ونوع يتعين بخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك
فاما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البايع بالثمن شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما تتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك
لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيهما انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك بهذه الدراهم هذا العبد كان
له ان يتركها ويدفع الى البايع غيرها لان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار
اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاخرى وهي
انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح
فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين
عند ابي حنيفة ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب
له الربح لان شرط الطيب الضمان والقرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم
جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى
بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة
المبيع لانه هو الواجب ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاصل حصل على ملك
الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره وصفته امر لا بد منه
لجواز العقد وذلك حصل بملك الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا وان كان
الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح ليس
بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شايبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل

الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث حصولهما عبالالفية من كل وجه لم يبق كذلك بل بالله فيه شايبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فعلا يثبت بخلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة فما دونها قال رحمه الله وكذا اذا ادعى رجل قال لاخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا للملك لكن لما تصادقا انه لم يكن مستحق البدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مالا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق في مقابلته لا فيه فلو كان فيكان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع ولكنه قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع ونهى عن السوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل اخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لا شتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح واما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ارادة فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس

السعر على الواردين فهو غرور وضرر وهو قبيح فيكره وان لا فلا باس بذلك قال رحمه الله وبيع الحاضر للبادي اي ونهى عليه السلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه السلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في البادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتوكل المصري بالبيع لاهل البادية ليغالي في القيم والله اعلم قال رحمه الله والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيهما بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيجوز بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال والكل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد في البيع في امر خارج زايد اي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرايط الصحة وتفسير بيع من يزيد ما روى انس قد ادرانا نوع منه اي هذا النوع الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الاخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة قوله ووهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي عليه السلام لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادركه ادركه ويروى اردد اردد وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى الموثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله عليه السلام من فرق والدة وولدها ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الاخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا حضر المولى او صغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعيا للاخر وكانت امة والاخر ابنها او كان احدهما ولد عم او خال او كان امرهما زوجا والاخر جاز التفريق بينهما لان النص الثاني ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الولادة

وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس
بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس
وما كان كذلك لا يكون معلولا فحصل التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط
حكم المنع عن التفريق بما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون تضرر
المولى او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لا بيان
الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين
قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ليساوي
القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق
معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع
وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل وانه فاسد
عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما في ملكه بحال لا يمكنه بيعهما اذا
دبره او استولده ان كانت امة فانه لا باس ببيع الاخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما
جناية نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء ولم ولاية
المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق
بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم
التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم
التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير
مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا امه ولزم التفريق واذا تاملت تامل ما ذكرنا ظهر لك عدم وروده
فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن
بيع الاخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لاتصال المنع عن تصرف
التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يتحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث
واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق
لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراء تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض
فان الحربي يلطمهما دار الحرب فينشان فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضيه الاسر والقتل
وفي الاخرة لان الظاهر من نشا من صغره بينهم ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد
الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالاخر اضرار للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع
على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي
الزام المعيب اضرار المشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق
هو عين الجمع بلا محل الرجوع لان المعتق والمكاتب صار احق بنفسه فيدور معه حيثما دار فيحصل التعاهد و
يتعاهد امورها على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا
مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن

الضرر

الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق انتفى الضرر فهي ما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا
ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط
الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع
واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان
الغير ابنا صغيرا له او كبيرا وهما له هو نستاول وسواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع
احدهما من احد من هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق
مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسولة وجوابها وروي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى
احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى والله اعلم بالصواب
قال رحمه الله فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق
يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او بالقسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع
جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك
لما روينا من قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك
والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة
لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا
فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع
منه احدهما قوله وان كان كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص
ليشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين
سرية فولدت له ابرهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين
المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا
او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع
والله اعلم بالصواب

باب الاقالة

الخلاص عن خبث البيع الفاسد
والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول
والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلته البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال
نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليها من
الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا لمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه
لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول
والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا ابطل ما خلطا به من الزيادة على الثمن الاول او النقصان
منه ولو باع البايع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض
بيع جديد في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا

وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كانت فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك ولو شرط التقابض اذا كان المبيع صرفا
فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكرنا ومعناها ينبئ عن البيع
لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا نقطا اهمال لاحد الجانبين واعمالهما
ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق العاقدين نفيا منهما فتعين ان يكون بيعا
في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا كان الزيادة
المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هي بيع الا ان
يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا
فيبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر
ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض
بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة
ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها وان تعذر
يحمل على محتملة وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال
بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة
والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة
وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم عن المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه
اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا
لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما
له وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة
عليها ارادة من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين
احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة
وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد
وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا فهو
حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل
وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين
للاخر لا تجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن
ذلك اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة وهذا ليس
كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع
وهو الملك للبائع ببدل ظاهر جعل بيعا في حق ثالث لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد بل
بوجه البسطاة البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة
الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت
في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم

في حق

في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق
ثالث ليس مقتضى الصيغة لا كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة عما استدل ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام
ولا يغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت
حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها
عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن
الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على
الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد العاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض
والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى وكان الشرط الفاسد فيه شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة
كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في
الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا
محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا
بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالفين وخمسمائة صحت بالف ولغا ذكر الباقي وان تقايلا
بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغا البعض ووجب على البائع رد الالف على المشتري
وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويجعل المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند
المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون
الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا وقال بعض المشايخ تاويل المسئلة
ذلك هذا عند ابي حنيفة وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف
وعند محمد وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا تعذر العمل بالحقيقة
فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان
الاصل عنده هو البيع وعند محمد هو الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن
كان فسخا فهذا اولى واعترض بانه كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة
او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف انما يجعله فسخا لتعذر
جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ
بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل
الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت
بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصل ما ذكر في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت
ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة

كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت
الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يمكن تصحيحها الا فسخا وقد
تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة
ببطلانه حيث فسخا والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ
بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف فبيع
لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال رحمه الله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع
دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا
جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام
البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية
فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما
بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر
قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا
هلك احد العوضين قبل القبض وكان احدهما وقت البيع فلانها لا تصح وان هلك واحد منهما في صحة الاولى
لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف
المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالبيع من كل وجه
وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا
مبطل للاقالة بخلاف الصرف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة سواء كان لكل واحد
من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة باعيانهما
لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما
قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما
يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الاخر اقلتك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع
ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف
كما في النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب باب المرابحة والتولية
لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان
الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع وعرفنا تفصيلها
وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه
بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة
مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الابق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب
جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يعرى عنه

خلق

خلق التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول
لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو
اما ان يكون يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط
انه اذا باع مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال
الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان
الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم المرابح الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها
لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او
وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسألة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى
ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه
اذا لم يجز البيع لم يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او
انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب
والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما ذكر في المبيع او قيمته الى رأس المال
فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير
خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكون العادة الغالبة في المرابحات فيكون
من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة
ربح يرد عليه كما يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان
جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي
لا يهتدي في التجارة والصفقة كاشفة تحتاج الى ان تعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه
بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب
فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان
مبنى البيعين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز
عن الخيانة واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن
الاول من ذوات القيم لان المماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان
فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة في الاموال الربوية لذلك فكل ما
حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال رحمه الله ولا تصح المرابحة ولا
التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا انهما
انما مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان
امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا
يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولانه مشغول اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف
بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل
من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من المكيل

والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح قدر
درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهمين وان كان مثلا ثيابا كان ثلاثة
دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع
بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر
لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان
غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح
درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن
لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز
والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل
ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في العين والحمل يزيد في القيمة
اذ القيم تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون
كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيما تقدم المسمى واذا باع بالرقم يقول
رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه
لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجر التعليم فاذا انفق على عبده في تعليم علم من الاعمال دراهم لم
يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق
على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط
فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما
ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد
كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها
لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين
جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال والربح
جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل
وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية
لا تبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف
فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير التصرف لكنه يتفاوت الربح فيتخير
بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة
فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزم جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار له

يقابل

لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف
خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينتقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة
المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة
احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن
دفعا للضرر عن المشتري **قال** رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في وضع
هذه المسألة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها قالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن
اشترى من مشتري مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول
ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري
تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق
قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول
ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب
بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة
ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة
لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا
اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه
يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول
الثوب بلا عوض واجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة على
ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة
واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا
نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد
ربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة **قال** رحمه الله واذا اشترى
العبد المأذون اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين
يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان
المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم
لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان
يقضي الدين ويستبد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب
الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما
يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباعه
من مولاه شيئا لم يجز لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه كان مالك الرقبة ولا ملك التصرف وهكذا
قيد محمد في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي

والحق قيده لما ذكرنا قال رحمه الله وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع
المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر
شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح ظاهرا
لكن فيه شبهة العدم وهو قول زفر لان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال الغير لا بمال نفسه
فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لانه
بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن
ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على
الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة الا يرى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة
واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا
من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله الا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول
من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الوكيل والموكل
فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق
رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب
المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال رحمه الله ومن اشترى جارية فاعورت اي اذا اشترى
جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم
ينقصها الوطء جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين
قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء
من الثمن وعن ابي يوسف ان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد
وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري
واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول
لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها
تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار
احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا
احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبهما ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب
بآفة سماوية او بصنع العباد واما اذا فقأ عينها راجع الى اول المسألة وفي بعض النسخ قلنا فيكون
جوابا لقول ابي يوسف والشافعي يعني اذا فقأ المشتري عينها بنفسه او فقأها اجنبي سواء كان باذن المشتري
او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان باذن المشتري فلانه كفعل
المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقص عليه فيكون المشتري حابسا
بدل جزء من المعقود عليه فتفوت المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشها

وهو

مذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأها
الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل
على هذا اطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا لو وطئها
وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد
من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه وفي بعض
[illegible] على انه بالفاء او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله
والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال رحمه الله ومن اشترى غلاما بالف درهم
نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة درهم ولم يبين ذلك للمشتري
فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل
والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في
ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان
على البائع كما مر في مسألة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها
انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني هذه كذا فثمنه يكون كذا بزيادة
مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف
الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة
لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن عوض في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة
كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه
شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال رحمه الله وان كان ولاه اياه يعني ان التولية
كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان وكان للمشتري الخيار
لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة
ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزم بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن
حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان
الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه
ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه
وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل هو قول ابي جعفر البلخي
يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه
منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترونه بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما
قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال رحمه الله
ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اي اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ملحقه

من المؤن كالصبغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن
فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد
لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان
ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد
المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعده
فيه واما خيار المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق
قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به فصل

وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة
الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى
شيئا مما ينقل نقلا حسيا وهو المراد بقوله يحول فسره به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له
ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك في تخصيص
ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشتريت احدكم طعاما
فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه
بخلافه لان ابن عباس قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا
او كان ذلك معروفا بين الصحابة حتى ان الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر انه قال ابتعت
زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده
فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حتى تحوزه الى رحلك
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم
وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليتفرع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان
كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه لانه
يقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة
فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع
تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر
في ملكه فالهبة اولى قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع
قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز
لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ
بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق
اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف
القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه
لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق
به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق

الحديث

الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض
وللجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه
شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وقوله
يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح
العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع
في العقار بان غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يتحقق لانه اذا جاز البيع
فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لان له ان يرده
عليه بقضاء عادله الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا
كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به
فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع
واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو
عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز
التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيحمل على المنقول
كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام
اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب
من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم
يدخل في العام بعد احتمال تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول
ما ليس فيه ذلك اذ الكلام لا يحتمل تناول ما ليس فيه تناولا فرديا واعلم اني اذكر ما سنح لي في هذا
الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول
وغير المنقول قبل القبض جائزا بالعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل
مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو
ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ او لا فان كان
فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في
السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين
ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمالا لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال
متعين لا محالة وحينئذ لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد
ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن قياس
محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا يصلح مقيسا عليها لانها على الاصح فكان
في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بتملك الرقبة فاذا ملك
التصرف في الاصل وهو الرقبة ملكه في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع

بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال رحمه الله
ومن اشترى مكيلا او موزونا موازنة اي اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن
والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة
وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من
المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه
يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف
وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين
المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى الكيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا
اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة
واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فكاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا
هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى
وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا
هو زايد على ما ظنه والزايد للمشتري ويجوز ان يجعل هذا بالفرض ومعناه ان المانع من التصرف
هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع
على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله
تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد
اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة
الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لكنا فان قيل النهي عن بيع الطعام
الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة
واجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو
مخصوص باية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين
المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة
او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سياتي وحكم بيع
الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنا لك
احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل
البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري
وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر

صاعين

صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال
الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما ياتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه
فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في
كلام المصنف ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسألة اولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل
واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في اخر المسألة ان الصحيح انه يكتفى بالكيل
الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسألة فيما يكون عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء
بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان
بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من
الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول
وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة
مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين
فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث محمول
على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسألة وما سياتي في باب السلم واما فيما
نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع
يقتضي ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسألة ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة
والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان ذلك مدفعا جاريا على القوانين
لكني لم اطلع بذلك ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف ومحمد وهو
رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع
حكما قدرا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا ترى
ان من اشترى جوزة على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل سقطت حصة
النقصان من البائع كالموزون فلا يباح له التصرف من العد كالوزن في الموزون قال
رحمه الله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا
يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز
ان ياخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنه كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير
ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك
قايم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف
المبيع قال رحمه الله ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة
ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق
بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من
البائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق

بجميع ذلك بعين الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البايع بهما واذا جاز
ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار
الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة
ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة
في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي حط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا
يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدا ولنا ان البايع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد
بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل فالزيادة
في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة
في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف
الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين الخيار
خيار الشرط فاسقطه او شرطا ما بعد العقد فهو الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل
العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم
بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب
المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل باصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر
المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع
فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير
هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم
الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا
عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البايع
اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال للاخر وكيتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من
الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك القدر
وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله واما كان للشفيع
جواب سؤال مقدر تقريره لو كانت الزيادة ملحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت
في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول
وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قايما
واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض
عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا
يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم
ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع وجعلها بجعل المعقود عليه قايما تقديرا ويجعل الزيادة تحصيلا
كما جعل قايما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام

العقد

العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد
فيه حقيقة فايدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فايدة فتصح والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت وتقابل
الثمن وهو قايم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن
قال رحمه الله ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم
اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق
الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف
فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه ولان التاجيل اثبات براة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراة المطلقة
بالابراء عن الثمن فلان يملك البراة الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما ان تكون الجهالة متفاحشة
او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله لهبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني
كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة
بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في باب البيع الفاسد قال رحمه الله وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لكل دين حال بتاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه
حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا
الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي
ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح
اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب
الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض
بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث
يلزم من ثلثه او يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع
كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لم
يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة
وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له
بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي والله تعالى اعلم بالصواب باب الربوا
لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله
شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي
هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا قيل لمحمد الا تصنف كتابا في الزهد قال قد صنفت
كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة
في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء
ومن الاشياء الربوية وفتح الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل

الخالي عن العوض المشروط في البيع قال رحمه الله الربوا فضل مكيل او موزون وحكم
الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه
فالعلة اي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف ويقال القدر
مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل
فيه اي في وجوب المساواة الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير
والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال رواه علي وعمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت
وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان ويروى بروايتين بالرفع مثلٌ بمثلٍ وبالنصب
مثلاً بمثلٍ ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه
خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل
وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه
اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه وعدم
منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سواء
كلام رسول الله يفسر بعضه بعضا فان قيل تقديره بيعوا يوجب البيع وهو مباح اجيب بان
الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على
صفة الشهداء اذا مات كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا
عينا بعين وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا اي الفضل من حيث الكيل حرام عندنا
وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم معلول باجماع القايسين احترازا عن قول داود
من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول
لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان
والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ
لا يكون لها اثر في تحريم النساء فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي
العلة وسياتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين التقابض
والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب
وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب لانه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك
اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فان كان عزيزا خطيرا يليق بعلة
تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء
الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا
والحاصل ان العلة انما تعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة
لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به ولنا
ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما انه حال والحال ... مماثلة والاحوال شروط

المماثلة

المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل
وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الاخر لم يحصل التقابل
من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين اذا كان انقص من الاخر كان
التبادل مضيعا لفضل جانب الفضل او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان
في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة ليقبض بعد مماثلة كل منهما للاخر لتتميم فائدة
العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة
بين العوضين قبلا لا بيان المماثلة من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين
مماثلا للاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين
وضررا في حق الاخر واذا كان مثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه
نفعا في حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب
تحققه في ساير المبايعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم
الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في
الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة
لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول لا نسلم حرمة
الربوا عند فوات شرط الحل الا لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة
واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى
الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثم
قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين
الشيئين باعتبار الصورة والمعنى واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي
المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك
قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة
شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك
باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز
عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام
وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتنا
في غيره تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس ظهر الفضل على
ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض
شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون
بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا
استوى الثاني صورة ومعنى تساويا في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في
المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب التيسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضل في

فى القيمة فى العرف اولان فى اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثل الحنطة من كل
وجه فالمراد البياعات فى الربويات لا مطلق البياعات لان فى اعتبار الجودة فى الربويات ليس
سد باب مطلق البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء قوله والطعم والثمنية
جواب عن جعل الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف
اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيهما الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق
الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت فى اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يؤثر فى حرمة
المباح بل سنة الله جرت فى التوسيع فيما كثرت اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب
وغير ذلك وعلى هذا فالاصل فى هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود
المفسد فلا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول
اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اى كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضى
وهو المبادلة المعهودة فى العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة فى المعيار كما ورد فى الحديث
وان تفاضل لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى
الا مثلا بمثل قال ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اى ومما يتفرع على الاصل المذكور
جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق
الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل فى الحفنة والحفنتين فينتفى
المماثلة فينتفى تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اى ولان الحفنة والحفنتين لم
يدخل تحت المعيار الشرعى وجب القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو بقيت مكيلة او موزونة لوجب
مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعى لا يجوز لان
علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم يوجد وعلى هذا لا يجوز عنده
بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى وما دون ذلك نصف صاع
فهو فى حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد
نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ
حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا فى المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة
شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر فالاول ما تقدم والثانى يظهر عنده
حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقها اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة
يعنى اذا كانت اصلا وقد توكدت بوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عند عدمهما لان العدم لا
يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا فى هروى
او حنطة فى شعير فتحريم الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى
اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وصف

لايثبت

لايثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز فى الجنس حتى جاز بيع
الهروى بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس فى تخصيص الجنس بالذكر فى
عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات كالحديد
والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر وهو حرمة النساء لما لم يوجد عنده فى صورة الجنس
واما فى صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير
وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط فى الصرف وبيع الطعام عنده ولنا
ما قال المصنف من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان فى باب الربوا حقيقة وشبهة
لا نزاع فى ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز
ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف المفروض
فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجرى فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظرا الى ان
القدر يجمعهما كما فى الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروى مع الهروى اذا كان احدهما نقدا
والاخر نسيئة ولكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصابا بالعلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية
وشبهة العلة يثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا فى المالية فيتحقق شبهة الربوا
فى محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما
ما قيل ان كونه مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا شبهة فصار شبهة
الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها والثانى ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما
ان يكون مطلقا او فى محل الحقيقة والاول ممنوع والثانى مسلم لكنها كانت جارية فيما نحن فيه
فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى فى المحل والثانية فى الحكم وثمة
شبهة اخرى وهى التى فى العلة ولشبهة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن
الثانى ان التقسيم غير حاصر بل الشبهة مانعة فى محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة
فى محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف لم يستدل للجانبين بالاحاديث التى تدل
على كل واحد منهما كما استدل به بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبى صلى الله
عليه وسلم جهز جيشا فامرنى ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعى وبما روى ابو داود
فى السنن عن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة
التاريخ وتطرق احتمال التاويلات منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة رضى الله عنهم على حرمة
النساء فكان الاستدلال به اولى من المذكور فى الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فلانه يقول
انهم اجمعوا على النساء فى كمال العلة لا فى شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا
وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضى عدم اسلام النقود فى الزعفران
لوجود الوزن كاسلام الحديد فى الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما
الوزن لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء
والنقود بالسنجات وهى معربة سنك ترازو ونقل عن الزجاج ان السنجة بالسين افصح ونقل عن ابن السكيت

الصنجات ولا يقال بالسيف وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن
لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران
بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع
الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن وإذا اختلفا في
الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة فإن الوزن
إذا اتفقا كان المنع للشبهة فإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فيجمعهما الوزن لأن
انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس إلا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن
الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف تسامح فإنه قال فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة
ولهذا قال شمس الأئمة بل نقول لاتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما إلا إذا حمل قوله صورة
على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فلا اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة
وقال العراقيون في وجه ذلك إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود
فلو لم نجوزه لوجود أحد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الأصل والغالب فإنه
شرع الرخصة في النقود وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص
العلل ولسنا نقول به قال رحمه الله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كيلا
نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو كيلي
أبدا وإن ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون
أبدا لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة
إلا على من تعارف به والأقوى لا يترك بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لأنها أي عادات
الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن وعن أبي يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك أي
على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه فكان المنظور إليه هو العادة
في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها
متساويا وزنا أو ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده إذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد
وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة لكن يجوز الإسلام في الحنطة
ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الإسلام في معلوم فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه
إنما المعتبر هو الإعلام على وجه لا تبقى المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن
وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان قال رحمه الله
وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف منّ والأواقي جمع أوقية كالأثفية والأثافي
قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في القهستاني أنه أربعون درهما والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان
وكل ما يباع بالأواقي فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولهذا يحتسب

ما يباع

ما يباع بالأواقي وزنا بخلاف سائر المكيلات متصل بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لم تقدر
بالوزن فلا يكون للوزن فيها اعتبار وعلى هذا إذا بيع الموزون بكيل لا يعرف وزنه بكيل مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وإنما قيد بقوله بكيل لا يعرف وزنه
لأنه إذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يعني الأدهان
ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن لأنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمنان والسنجات فجعل قدرت
لأنه لا يستمسك إلا في وعاء وفي كل وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا أن
كل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والإسلام فيه بذكر الوزن قال رحمه الله وعقد
الصرف ما وقع عليها أي وقع على جنس الأثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود يعتبر فيه
قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه
وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود
على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره
بقوله يدا بيد جرى الإفادة معنى التعيين كما يأتي وما سوى جنس الأثمان من الربويات يعتبر فيه
التعيين دون التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام أي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع
كر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو تمر فإنه إذا افترقا لا عن قبض
فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد
به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب
القبض والنقد عرضية فيثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل ولنا أن ما سواه مبيع متعين لأنه
يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا
أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك
يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب
بقوله بخلاف الصرف فإن القبض فيه ليتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود وقوله ومعنى قوله
عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له على القبض
والدليل على ذلك ما روى عبادة بن الصامت عينا بعين ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض
جميعا لا دليل عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون
القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله يدا بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض
لأنه كما تقدم وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره
فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال إنكم التزمتم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا
بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى التعيين في بيع الطعام لأنا نقول جعلناه في الصرف بمعنى التعيين لأن
التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فصار بمعنى التعيين في الحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض
بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن
الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه

شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض
بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم فإن الأثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون
ملزما والجواب أنه ذكره بطريق المبادرة ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه
وقوله ولأنه إذا لم يتقابض في المجلس وجه آخر أن النقد والمؤجل يتعاقبان بعد تفاوتا في المالية عرفا
كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفضلون في المالية بين المقبوض وغيره
بعد أن يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي
المتقارب بجنسه متفاضلا جائز إذا كانا موجودين لانعدام المعيار وإن كان أحدهما نسيئة
لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فإن قيل الجوز والبيض والتر[illegible] إلا في
ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح
الناس على إهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربوا فهو حق الشرع
فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالف الشافعي فيه
لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما بيع الفلس
بجنسه متفاضلا على أوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين
بغير أعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما
والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا
لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض
مشروطا في العقد وهو الربوا وأما الثاني فلأنه لو جاز لأمسك البائع الفلس المعين وطلب آخر
وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلأنه لو جاز لقبض البائع الفلسين ورد أحدهما
مكانه لما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر بلا عوض وأما الوجه الرابع فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف
وقال محمد لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل
باصطلاحهما العدم ولا ولاية لهما على غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق ولا فرق بينه وبين
ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت
رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا بالفلوس معينة
فهلكت قبل التسليم لا يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
إذ لا ولاية للغير عليهما وما يثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه
بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا يكون عروضا أيضا
باصطلاحهما إذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن يكون
عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل وأما إذا اصطلحا على كونهما عروضا
كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزا وإن كان من سواهما على الثمنية وفيه نظر لأنه ينافي قوله إن
الثمنية في حقهما يثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن أن يقال معناه أن التثمين قبل
الكساد يثبت باصطلاحهما أو شرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية وإذا بطلت الثمنية فلم [illegible]

عروضا

عروضا تتعين بالتعيين فإن قيل إذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين
بيع قطعة بقطعتين وذلك لا يجوز إجماعا بالنص بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما لما أقدما على هذا
العقد ومقابلة الواحدة بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العددية حيث لم يرجعا إلى الوزن
ولم يكن العدد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فيبقى معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح
في حق العقد بقوله إذ في نقضه نقض الاصطلاح في حق العقد فساد العقد وفيه نظر لأنه ملتزم
الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقا
أو في غير الربوا والأول ممنوع والثاني لا يفيده فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك
العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنهما للثمنية
خلقة لا اصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جواب عما قال لما إذا كانا بغير أعيانهما
فإن ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما
بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لأن عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم
النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز
متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لأنها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لأن الدقيق
والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق أجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا
آخر وزائلة من وجه لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة و
الشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فإن ما يتخذ من الحنطة لا
يتخذ من الدقيق فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق [illegible]
الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبقي وريثه دقيقا [illegible] المجانسة من وجه
دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فإن قيل لا يخلو إما أن يكون الدقيق
حنطة أو لا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والأول يوجب الجواز إذا
كان متساويا كذلك أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وإن كان
كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الأصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبت حرمة
لا تتناهى فصار [illegible] على ما عرف وأجيب بأن حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة
أو في الشبهة والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والأول مسلم لكن ما نحن
فيه من الثاني ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق
ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المستوي متساويا كيلا
بكيل قيل [illegible] لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز أن يكونا متداخلين
وفائدة ذكر الثاني نفي توهم جواز المساواة وزنا حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أن بيع الدقيق
بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة
متساويا ولا متفاضلا لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق أجزاؤها مقلية فصار كالمقلية [illegible]

بيع اجزاء بعضها بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعضها ببعض وعندهما يجوز لانهما
جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق
بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء ولذلك اختلف الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وقرأت البعض يعتبر
كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلي
اذا شوى ويجوز مقلوة من قلى يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد
من غير انقطاع والسوسة الغثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة
مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان ه بيع اللحم بالحيوان
على اوجه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق
من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما نبين ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه
كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة منفصلة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا
متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو
لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهي مسألة
الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف غير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر منه
ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث
زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار
كالخل اي الشيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة و
والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بجمع
قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسألة الخل بالسمسم لان الوزن في
الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب
عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والآلة
يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان
بحال وهذا لان الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان
لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح وزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش و
والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف
الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا
بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس
كذلك اجيب بان النسيئة اذا كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الآخر
فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل ه بيع الرطب
بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة رضي الله عنه خاصة وقالا لا يجوز
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال او ينقص

اذا جف فقيل نعم فقال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط
المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله عليه السلام
هو الدليل ولابي حنيفة رح المنقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا
حين اهدي اليه رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور
واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا اشداء عليه
لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث
يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه
حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن ابي عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن
اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض المشهور واعترض
بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا تكون
فيجوز باخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به
بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد
صورتها الى ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال ان الحنطة قوله
فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان المقلي صنعة
لعرض عليها الاعراض فصار كمن باع قفيزا بقفيزين ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت
وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى الصنعة ساقط بالحديث واما الراجع الى
صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النيء والمشوي فكل تفاوت ينبني على صنع العباد
فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة
كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله
عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا
بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه لاسم
التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعله نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم
يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها
والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي لانه يرى تفاوتا في اعدل
الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا
وكذلك الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة
او باليابسة والتمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من النقع اذا القي في الخابية ليبتل و
يخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة
في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومعرضه حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق
المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه ولحاجة
محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها وبين بيع الرطب

بالرطب حيث اعتبر المساواة حينئذ في اعدل الاحوال وهو في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله
ان التفاوت ان ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه
في المعقود عليه وان ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد
اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم ان لو كان العقد
واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات
المشار اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز
لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمر النخل من اول ما تنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل
يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل يسمى
به لانه يستر ما في جوفه من التمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل
انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي متفاوت قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز
اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر وبتفاوت ما
في داخله فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا يجوز الزيتون بالزيت الزيتون
ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو تعريب شيره
والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين وكونه
باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة على كيل بقفيز سويق
من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق
والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من
الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب فالاول اما ان يكون المنفصل
اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل من المستخرج
من الزيت والثجير وعدمه ان ساواه على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد
بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة
والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه
والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج
والثجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا
لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا
لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بمثلهما كر
حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول
يوجب ان لا يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث
الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير
الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار وليس كذلك حال الجنسية حينئذ
والدهن والثجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن

ينقص

ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان
خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيخان وبيع الغزل
بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن
بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به
نصاب الاخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب
والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكل ما لا يكمل بعضها بالاخر فهو يوصف بالاختلاف
كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي ان المقصود
من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا
واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك باعتبار
المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل
بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن
عادة بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله
اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول توجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء
بالصنعة فاما اذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي
وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء
اذا لم تتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجب وانما توجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في
تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر
في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت
الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال وكذا خل
الدقل بخل العنب الدقل هو ردئ التمر وبيع خل الدقل بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا
حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل
لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز
وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف
المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه
يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال المصلبة والمنسوج والصوف
يتخذ منه اللبود والثفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن
الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا لانا نقول لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد
يقصد حين لا يقصد لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما فالاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود قد يوجب
اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول
فالاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب
اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض

ومن هذا يتبين ان ما نحن راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغى ان لا يجوز التفاضل بينهما فى البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم يعنى بيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه فى الذهن عند تصوره ولا شك فى ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعانى فلان ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكاختلاف الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروى عن ابى حنيفة انه لا خير فيه اى لا يجوز والتركيب للمبالغة فى النهى لانه نكرة فى سياق النفى فعم نفى جميع جهات الخير وان كان الثانى فلا يخلو اما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة والخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثانى جاز عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف الفتوى على قول ابى يوسف وهذا يغنى عن قوله وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح يعنى قول ابى يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى لئلا يصير مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير فى استقراضه عند ابى حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور فكونه جديدا فيجيء خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه فى اول التنور لا يجيء مثل ما فى آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابى يوسف يجوز عددا للتفاوت فى آحاده قال ولا ربوا بين العبد والمولى لا ربوا بين المولى وعبده المأذون الذى لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا بانعدام وجود البيع حقيقة لان فى دار الاسلام مشتمل على شرائط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربوا لان ما فى يده ليس ملكا لمولاه عند ابى حنيفة وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبى فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف والشافعى لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب فى دارنا فانه اذا دخل الحربى دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بعقد البيع ولابى حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب فى دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه بعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لاجله فوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما

وتقريره ان المستأمن منهم فى دارنا لا يحل لنا اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة والله اعلم

باب الحقوق

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر فى الفصل المتصل باول كتاب البيوع لكن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير وترتيبه فيما هو من مسائله وهناك حكيناه وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر الثلثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحكام والحاصل ان ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرفت هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى فى العقد الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيها العلو والكنيف وهذا لان الدار لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيها الا بالتنصيص بذكره ولانه لو كان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله فى المدخل تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة فى معلوم ولا من لوازمه وليس فى الاعارة والكتابة ذلك لان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملكها الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذارا عن تعريضه للتغيير والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق ان يتصرف ما يوصله الى مقصوده وفى كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك اى الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل ويمكن ان يقال معناه ان البيت فى عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل فى عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهى الساباط الذى احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على اسطوانات فى السكة ومفتحه فى الدار كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان وفى المغرب وقول الفقهاء ظلة الباب يريدون السدة التى فوق الباب الا بذكر ما ذكرناه وهو قوله بكل حق هو له عند ابى حنيفة لانه مبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعنى من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله اذا كان مفتحه فى الدار يضعف تعريف قاضيخان للظلة لانه جعل المفتح فى الدار قال

ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا. ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدها بالعبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع اى بذكر الحقوق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تجوز فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحدة الضمير لكل واحد او بتاويل المذكور وقد يستاجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة والله اعلم بالصواب

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قال** ومن اشترى جارية فولدت عنده. ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقاموها لم يجز البيع يرجع بالثمن على البائع وترجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهو مملوكه فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسائل تخرج على ذلك قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد **قال** ومن اشترى عبدا فاذا هو حر. رجل قال لآخر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة او غائبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم ولو قال ارتهني فاني عبد فوجد حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا اية غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او الكفالة وليس شيء منهما بموجود

واما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بامر الغير واقراره مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل العبد ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في النزاع تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجب الغرور بالضمان بالمعاوضة ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي فانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية او لا والاول متناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قال عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنها تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قال بعض المشايخ ان الدعوى وان كان شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه لغي التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت واقامتها بالثلاث لانها في ما دونها يمكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد

الا ان يقيما البينة على ما ادعيا، قال ومن ادعى حقا في دار، ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل
فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي
في هذا الباقي، وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء يرجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن
والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتنقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل، ودلت المسألة
على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة، قالوا ودلت
ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لم يصح للجهالة ولهذا
لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينة والله تعالى
اعلم. **فصل في بيع الفضولي** مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي
صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باع بغير
اذني فهو عين بيع الفضولي، والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا
خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء
خطأ. قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار، ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك
بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية، وقال الشافعي في الجديد
وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولما لم
يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية، ولنا انه تصرف تمليك وقد
صدر من اهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك فمن قبيل اضافة العام الى الخاص
كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك، وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور
فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف
التمليك كان لغوا، فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا التصرف لما كان موقوفا كان يفيد
حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب ما يلغو اذا خلا عن الحكم فاما اذا تراخى
كما في البيع بشرط الخيار، واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ، واما المحل فلان
محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه اذا
باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا، واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق
المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقد
اما المالك فانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن
واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء، واما المشتري فلحصول غرضه فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجيب عن ذلك بالمنع لانا نقول ثبت الاذن
دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في
الضرر بل عدم الملك مانع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ولانه عاجز
عن التسليم الا ترى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يصح مع وجود الملك فيهما فالجواب انه قيل لا يبيع
... البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات ... الموضع ...

على التسليم بعد الاجازة ثابتة، والدليل على ذلك ما روي عن المكي حتى في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابو نعيم
قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة
البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما
بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة وكان لو اشترى ترابا لربح
فيه، لا يقال لعل عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته من غير
نقل والمنقول انه عليه السلام امر ان يشتري به اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز
شراء الفضولي كبيعه اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال
المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان فقال الفضولي
قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال المشتري اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او
قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال المشتري اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا
على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل
رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج
الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه اشار المصنف بعد قوله والشراء لا يتوقف على الاجازة بقوله
وللمالك الاجازة. اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس
والكيلي والوزني الموصوف في الذمة غير عينه واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة
اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا
ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي
وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا
والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باع ثمنا للمالك بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على
الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان
عرضا صار البائع مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة، وكما ان
للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز
عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع
اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار وهو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل
الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا
او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره، واستشكل بما اذا تزوجت
امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح توقف على
اجازة الابن فاذا اجاز صح والا فلا فهذه فضولية يتوقف عملها على اجازة الوارث، واجيب بان
عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات
لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة

الا ان يبطل نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع
في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه
عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك
هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا
لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في
المعقود عليه حين وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة **قال** ومن غصب عبدا فباعه
فاعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا
الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال
محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكر في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري
ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز
لانه لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك ههنا لان الموقوف
لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخر فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير صحيح
للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه
جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف
بفروع تؤنس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله
لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وهو راجع الى
قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب
اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون
كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق
ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح
اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه ثبت موقوفا والاعتاق يجوز
ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق
الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز
ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس
على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع
كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف للاستظهار به واحترز بقوله المطلق
عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى
هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير
موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير
موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك
لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل انما

ذلك

فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا لان الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند بحكم الملك
لا بحقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوايد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم
ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد
المتصلة والمنفصلة ولو قيل في كلام المصنف ما ينافي هذا فان قوله غير موضوع لافادة حقيقة الملك اشارة
الكلامان على انه ليس بوارد ولان البيع لا يحتاج الى الملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده وقوله
بخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق
فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه
سببا قبل وجود الشرط فينعقد اصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به
معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة
يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات
والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب
بيع الغاصب جائزا واذا طرأ الملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي
اشترى منه وهو موقوف الثاني ان طرق الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف
لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي في ما فيه ملك المالك بات فكان
يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان
فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق الملك بل يوجد
من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود واما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك
بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما ذكره
بعد الوجود دفع لا منع وفي الحقيقة هو منع لطيف فان كلامنا في ان طرق الملك البات يبطل الموقوف
وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة
وتقريرها اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال
في كتاب الوقف فقال ينفذ وقوفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف وهو الاصح
ولئن سلم فنقول هناك المشتري ملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما
تقدم فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت
العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت
العقد **قال** واذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب
واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت
الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب
منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب
فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك لانه ملكه بقي متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملكه

الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمن الغاصب فانه لا يملك الارش وان
ملك المضمون وبالمفوض لها اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح
التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول
بان الملك في المغصوب يثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك
الارش لعدم حصوله في ملكه وعلى الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا
بالشرط لا سببا من وقت وجوده كيلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع
ونحوه فانه يجعل سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت
العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من المفوض لها معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه
وجد الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد رح في عدم
تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة
كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند الاداء والضمان والعذر له اي الجواب عن هذه الحجة ان الملك
من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق فان الارش للمولى
وكما اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت
الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله
بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية
وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري
من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون
وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد
على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة
والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة
عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه
فلا يطيب الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح
ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك
لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون
وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال فان باعه المشتري
من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على الملك الموقوف لغيره ابطله ولان فيه
غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل
لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك وان لا يجيز ومع ذلك
انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي
يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الغرر يجوز فقلنا بالجواز

الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيرجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار
الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يجوز بيع اصلا لا سيما في المنقول لاحتمال
الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ
المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فخرج البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلا ينعقد
كما في الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقول
لا يجوز لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يجوز قال فان لم يبعه المشتري فمات في
يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب
لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع
ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يبقى باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل لكي يقابل
بالبدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح لان يكون متقابلا بالبدل بخلاف الصحيح فانه اذا قتل المبيع
قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو
القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد
غيره بغير امره • رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اريد رد المبيع لانك بعتني بغير امر صاحبه
وجحد ذلك البائع فاقام المشتري البينة ان رب العبد والبائع اقرا انه لم يأمر ببيعه لا تقبل بينته
لانها تبتنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فسدت وههنا بطلت الدعوى للتناقض
لان اقدام المشتري دليل على صحة الشرى وان البائع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره
دليل على عدم صحة الشرى وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزم
صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان
التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة
لا تنفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق فجاز ان ينتقض وذكر المصنف مسئلة
الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد
له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق يقبل بينته وان
تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات
بان العبد في ان هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له
فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي
تلك اي في مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق
الرجوع لوجود شرطه قيل بهذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد
المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى الا ان
يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض
وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب
النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع

الصغير يمكن الجواز بان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بجعل الامر ثم ظهر له ذلك
بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم من الزيادات
في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشتري
غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد ولذا
المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان
تناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة
الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم يجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة
الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهتين بقدر الامكان قصرنا
اليه **قال** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري
في بنائه قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابي
حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد رحمه الله وهو مسئلة غصب العقار
ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي
لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف
لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع
بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل خص بالمعنى اللغوي الا ان
في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى
وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم
لآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم و
المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح السلم و
شرائط جوازه سنذكره في اثناء الكلام ان شاء الله تعالى **قال** السلم عقد مشروع
بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فكقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى
الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما اشهد
ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل السلعة اطول آية في كتابه وتلا
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الآية فان قيل الاستدلال بخصوص السبب لا معتبر به قلنا
عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم
بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع
هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص **قال** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في
المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم والاصل
سيعرف الكون معلوما وهو يتضمن الجواز لحصاله فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله

تعالى

تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع
واما الحديث فيستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير
فانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يجوز السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول
قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها
من العروض في الدراهم والدنانير لامكان ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة
الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
وما ذكر عيسى بن ابان هو الاصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو
اذا كان من الاثمان لا يجوز تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه
فلا يكون صحيحا **قال** رحمه الله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي ويجوز السلم
في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان
ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقرير سقط ما قيل
الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا كان مساويا من جميع الوجوه وليس الذرع مع المكيل والموزون كذلك
لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا
اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تحتمل المعارضة
عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله
من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءها تحت قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم صلاحية ما ذكرتم للتخصيص لان
القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا
للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز
السلم فيها الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده
تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المالية
دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة ان السلم لا يجوز في بيض
النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم بها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا
وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا
ان المقدار يعرف بالعد تارة وبالكيل اخرى فامكن بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فيجوز
اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره
في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز
لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية
الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم

وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال لجواز السلم في
الفلوس قول الكل وهذا القايل يحتاج الى الفرق بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا
من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس
من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جايز فالاقدام على البيع
لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز
السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا فالاول لا يجوز بالاتفاق والثاني لا يجوز
عندنا خلافا للشافعي فهو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع
كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط كما في الثياب فاشبه الثياب
وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل
وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض قلنا ان بعد
ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون
فرسان متساويان في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي
الى المنازعة المانعة لوضوح الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا
فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب
ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فيحتمل ان الالة كانت في
دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم
بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز
ان يكون اشارة الى الجواب عما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمام
التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير منضبط فانه
يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو
ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل
بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود دفع مال المضاربة الى زيد بن خليدة
فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلايص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا في الحيوان
وهو دليل على انه لم يكن النهي لكونه مطلقا لان القلايص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف
تسامح لان الدليل المذكور حجة قوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب
بل من حيث جواب للخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة قال رحمه الله ولا في اطرافه كالرؤس
والاكارع * ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من
الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي
عددية الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لتعينه عددا
لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر
في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ ولا في الحطب

حزما

حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة
جرزا بجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاي منقوطة وهي القبضة من القت ونحوه للتجارة
الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت
قال رحمه الله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا * وجود المسلم فيه من حين العقد
الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه
اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا
فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع
فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لهما للشافعي
دليلهما على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه صلى الله عليه وسلم شرط لصحته وجود
المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة
الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوق الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير
مقدور عليه الا بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة المدة
واذا وجد عند المحل كان مقدورا للتسليم فلما منع الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا
بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان
الحياة ثابتة فتبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء المحل الى النصاب
ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كحولان الحول
ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم فيما هو موجود حال العقد والمحل
ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان
السلم قد صح والعجز على التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه
والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الابق
وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى الجواب عن قياس زفر المتنازع فيه على هلاك المبيع
في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف
الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان قياسا فاسدا قال رحمه الله
ويجوز السلم في السمك المالح * السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون
في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه منضبط القدر والوصف
مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري فان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز
لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار
التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن
والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة
وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الزاجز * بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا *

لانه مولد لا يوجد بلحمته قال الامام الزرنوجي حتى كهى بذلك حجة للفقهاء قال رحمه الله ولا خير
في السلم في اللحم خبر نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على
وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة
جاز لكونه معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجب ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا
الفضل فان قيل لحم الطيور موزونة ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه حتى
يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه
ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل الطيور
من لحم الطيور على لحم ما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم
في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لانه
ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك والى
ما قال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجها للتامل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو
مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود لانه
انه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالمد ليس والنزاع فكان المعقود مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو
مختار محمد بن شجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك
يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند
المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم
جوازه في منزوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل
بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني
ان الاستقراض حال معرفة حال المقبوض ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والسلم فيه يعرف بالوصف
ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به قال رحمه الله ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال
عندنا خلافا للشافعي استدل باطلاق رخص في السلم لانه اسم مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام
الى اجل معلوم كما ذكره ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان قبل معنا من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى
اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيد فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله
في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم
ان كان كيليا او وزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل
كفت مؤنة التعيين فلا حاجة الى التقدير لانطلاق الاصل مساناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة
تحمله لا لضرورة ولا ضرورة فالتقدير في الاصل لاعمال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير
لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في
الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتامل ولان السلم شرع رخصة لدفع

حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عنده لانتفاء ما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه
يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد
الحاجة والمسلم اليه فيما اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع ولا
رخص فبقي على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المحوج للتفليس
وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز لمن عنده اكرار حنطة اجيب
بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقة امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب
الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر قال ولا يجوز
الا باجل معلوم لما ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو ان
الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذاك يؤديه في بعيدها
واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم
الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا له
بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف
يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما
في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه
فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال رحمه الله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح
السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متاخر فربما
يضيع المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع
كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة قيل
ما يعني في اول البيوع بقوله يجوز البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر
الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب
او نحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لانه فعليل بخوص الراء ليس من ابنيتهم
والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائها الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسنه في قرب
الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل والله اعلم قال
رحمه الله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة
نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض افة موهوم فتنتفي القدرة على التسليم
واشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمرة فلان اما من حائط فلان فلا
ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق
التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لو لم يحصل الثمر فباي
طريق يحل راس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة
تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارا والبساخي

بزغانه جاز العقد فان تعيين الهشمراني ليس باعتبار ان تكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار
ان صفة الحنطة مثلا تعتبر صفة حنطة الهشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بينهما اذا اسلم في حنطة
من حنطة هراة وبينما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب
الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة
فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اسلم اليه بثوب ينسج على تلك
الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة
والنابتة في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو يوهم الانقطاع
حتى لو كان لبيان الصفة جاز كالاول **قال** رحمه الله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة
الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمس عندهما
فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية
والبخسية خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها بخوس من الحظ
من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرة كر بكيال معروف او عشرة
رطال واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم
الحافر ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة
مقدار راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل بفتح الحاء ومونة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال
فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى
ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة
في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في راس المال وصار
كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه والله
اعلم ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم
بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال
شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده
فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله او ربما وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل
المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر
موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي
اذ القياس يخالفه الا ترى انه لو اسلم بكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك الكيال وعوده الى الجهالة
لا سيما على قول من اعتبر ان الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل فهذا اعتبار للنازل عن الشبهة لان
وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود احتمل ان لا يرد
وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هو دون النازل عنها فالجواب

ما تقدم

ما تقدم ان المعنى من الموهوم هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبني على وجود
زيوفا والاول اظهر قوله بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب
لا يتعلق بالعقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا
على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم
وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم
يجب عن الثمن لانه دليلهما تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة
وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار راس المال انه اذا
اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي ح
لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار
راس مال كل واحد معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
وجد او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الآخر فانه لا يجوز
عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي
حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة
وقالا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه
وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه
مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول
يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين
مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان
يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار
وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى
كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف
جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم
حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه
نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة
ناداه صريح بخلافها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع وبالحمل
فتصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان السلم تسليم غير واجب في الحال لاشتراط الاجل
بالاتفاق وكل ما هو تسليم غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع
الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على وفق
سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك
فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال الامام ابو حنيفة ارأيت لو عقد عقد
السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا

مما لا يقوله العاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب المسلم يطالبه في موضع يكثر
فيه الثمن والمسلم اليه يسلم في خلافه فذلك فضى الى جهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد
من البيان وعن هذا اي عن ما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان
الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على
عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب لان تعيين المكان قضية العقد
اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من
مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة
والقسمة وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء
عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح
وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهو منصوص عليها في كتاب الاجارة وصورة
الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء
عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة
اقتسما دارا واخذ احدهما الكثير من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد بمكيل او موزون موصوفا
في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال رحمه الله
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم
من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس
القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان مكان الايفاء فيه ليس بشرط
لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية
الجامع الصغير وبيوع الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيترجح على غيره وذكر في الاجارة
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه
قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال
التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا
يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد ربح
سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة
واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن
والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية
منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال رحمه الله ولا يصح السلم حتى يقبض
رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان
العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل
القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان رأس المال الذي انعقد

فان

ولانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة
وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه
اجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة
والكفالة فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس
جوازه لان العروض تتعين في العقود فيترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف
الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال لينقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا
اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار
الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه
وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد
لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو رد المأخوذ
عاد الدين في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز
اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله
العقد فينفسخ قيل فيه شكال احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيه
لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال الاسبيجابي ولا
الى الثاني لانتفاء الترتيب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في
المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك
للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز
ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا في الذمة تسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا
يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو
عين على الصحيح في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة
وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق
فلا يخلو اما ان يكون رأس المال قائما او لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس
المال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء
والجواب انه اتفاق في التشكيل فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو
ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال
رحمه الله والشروط جمعها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو يشتمل على
بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد بالتسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام
المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الاجل
معلوما وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما تقدم وفي القدرة على تحصيله وهو
ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد
فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق المائتين ابتداء او اضافه العقد فيهما الى الدين لفوات

القبض ويجوز في حصته العقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم
وقع صحيحا أما إذا كان أطلق ثم جعل المائتين من رأس المال قصاصا بالدين فلا إشكال في طريقه كما لو
باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا وأما إذا أضاف إلى الدين
ابتداء فكذلك وهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لأن النقود لا تتعين في العقود
إذا كانت عينا فكذا إذا كانت دينا فصار الإطلاق والتقييد سواء ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين
ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق
لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مائتان دين على المسلم إليه
لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنها ليست بمال في حقهما **قال** رحمه الله ولا يجوز
التصرف في رأس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازا
عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله لما
فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض
لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين للمشتري في رأس المال إلا إذا كان مثليا جاز
أن يبيع مرابحة وإن كان قيميا لا يجوز إلا ممن عنده ذلك الثمن ولا تجوز الشركة وهو أن يشترك شخص
آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتها ظاهرة وإنما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لأنهما أكثر
وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض أن التولية جائزة لأنها إقامة معروف
فإنه يولي غيره ما تولى فإن تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى
يقبضه كله بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ هذا
نص في ذلك ولأنه أخذ شبها بالمبيع لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي
وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا
ليرد عليه العقد وإلا كان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه
دينا مثل المسلم فيه وإذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد
السلم فلأن يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع
لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه فإن قيل إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس
اعتبارا للانتهاء بالابتداء أجاب بقوله لأنه أي لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه
لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول
اشتراطه في الثاني بالضرورة وإن شئت بالتنبيه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز
عن الكالي بالكالي والمسلم فيه بالإقالة سقط فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني
عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال يرجع قبضه
لا يرد ولكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا إلى كون رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك
في معرض الدليل على أنه لا معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس مال لوجب كان أدق على
طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسي وهو طريقة قوله ولا عيب فيهم

غير

غير أن سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب **قوله** وفيه أي في جعل رأس المال بعد الإقالة
مبيعا خلاف زفر وهو يقول رأس المال بعد الإقالة صار دينا في ذمة المسلم إليه فكما جاز الاستبدال
بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول **قال** رحمه الله
ومن أسلم في كر رجل أسلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من
رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان
من مال المسلم إليه وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه
اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الأولى صفقة المسلم إليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم
فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا محمل الحديث
على ما مر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما
نبينه **قوله** والسلم وإن كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع رب السلم كان سابقا على
شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعا بعد الشراء فلم تتحقق الصفقة الثانية فلم يدخل
تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة
ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في
حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعداه فيتحقق فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد
الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وإن كان الكر قرضا فأمر المستقرض
المقرض بقبض الكر ففعل جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة ولو لم يكن إعارة لزم
تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأن التأجيل في العواري
غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم
إليه من رجل وأمر رب المال بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قال** رحمه الله ومن أسلم في كر
فأمر رب السلم رجل أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو
أي رب السلم غائب ولم يكن له في غرائره طعام فإنه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم إليه
لأن الأمر بالكيل لم يصادف ملك الآمر إذ حقه في الدين لا في العين فلم يصح الأمر وصار المسلم إليه
مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه
كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره
إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لأنه ملكه بالشراء لا محالة فصح
الأمر لمصادفته الملك وإذا صح صار البائع وكيلا عنه في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد
المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري فقوله ألا ترى توضيح لتملكه بالبيع فإنه إذا أمره بالطحن
في السلم كان الطحين للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري وإن أمره بصبه في البحر في السلم ففعل هلك
من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحته
موقوفة على الملك أولا لأنه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لأن الأمر قد صح ولهذا
أي ولأن الأمر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأن البائع نائب عنه في الكيل فإن قيل

البايع سُلِّم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اى وتحقق القبض بالوقوع في غراير
المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري البايع ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر المشتري قابضا
لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا تصير الغراير في يده لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض
فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده
فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم
في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرايره اليه ليجعل الدين اى
المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البايع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الاول كان
صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المامور كفعل
الامر ورُدَّ بانه لا يصلح نايبا عن المشتري في القبض كما لو وكل بذلك نصا واجيب عنه بانه ثبت ضمنا
وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن
استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى الصائغ خاتما وامره بان يزيد من عنده نصف
دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والمصبوغ اتصلا بملك المستاجر ولم يصر قابضا لان المعقود
عليه في الاجارة الفعل اى الصبغ لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون
قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه
في الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور بجعله في الغراير متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله
كفعل الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد
فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه لم يحصل
باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المصنف
تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين
فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز انتقال الكلام في قوة الممانعة فكانه
قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما
للمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما قال رحمه الله ومن اسلم جارية في كر حنطة • رجل اسلم جارية في كر حنطة
ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا ثم ماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم
تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال
بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه
انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت قيمة الجارية مقامها فكان احد
العوضين كان قايما فلا يرد ما قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين

في المقايضة

في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بينها الاقالة وبين بيع الجارية
بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما قالا بظاهر لا يحتاج الى شرح
قال رحمه الله ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم
فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو
الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل
في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن
يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان النوع
والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه
والقول لمن يشهد له الظاهر اقربيا الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال
بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا
كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان
انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة
رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة
وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فمنكر الصحة
وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وان
انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير
والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان
كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة قوله وسنقرره من بعد
يريد به ما يذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد
والمطابق ونحوه ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب
السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت
لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول
للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
فان السلم الحال جائز عند الشافعي فاذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلتزم منه انكاره رد راس
المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهي المسئلة الاولى فان
الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها
غير صحيح فالاولى ان يقال لان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق
لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكر فالقول

لرب السلم عندها لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف عن الوصف باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مثبتا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه وينفي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجدير النقل دون غيره **قال** رحمه الله ويجوز السلم في الثياب بالسلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وذكر الطول والعرض ليس بكاف ولان ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقد طول الاجل بقطعة حرير بذلك الوزن وليس ذلك مراد العاقد فاما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة **قال** رحمه الله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي التي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي لا

آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تتفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معلوما لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قال** رحمه الله وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي **قال** رحمه الله واذا استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول له اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضها او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل واليه اشار بقوله بغير اجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهي فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان وانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا في المعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية

عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت
موجودة لعذر جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا
حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه
هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من
صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو
العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين
لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضيخان واجيب بان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث
ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة
قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار
الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ
فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصبغ اصل والصبغ
آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستاجر وههنا الاصل هو العين
المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفنا الا بالعمل اشبه الاجارة
في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه
المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم
تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك **قال**
وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
فيجبر على العمل لانه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة
وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود
عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له
الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه
فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بانه يجوز ان يكون
الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك
جهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من
اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين واما الجهل
ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في جبانة اجتهاد جميع المجتهدين
وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت
لجهلها بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرايض
التي لا بد لاقامة الدين منها وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة الدين
منها

منها الا في جبانة اجتهاد جميع المجتهدين ولا يجوز بعين الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما
ذكرنا من الثياب والقميص ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع قوله
بغير اجل في اول المسألة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما
عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد
بضرب الاجل فيما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال بان قال على
ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم
ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما
وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط
السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع
يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم في العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون
سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل
فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح
ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر
الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع
بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم
الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت باية المداينة والسنة دون الاستصناع مسائل
منثورة اي هذه مسائل من كتاب البيوع لم تترتب على ابوابها ولم تذكر ثم فاستدركت بذكرها
ههنا **قال** رحمه الله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي
ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز
بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون
مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به لغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه
ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن
ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه نهى صلى الله عليه وسلم
عن امساكه وامر بقتله قلنا قيل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والماشية او للزرع وقال
الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام
والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك الحاق التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد
ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي
واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز
بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بانه ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم

وأما إباحة الانتفاع فثابت بحديث ذكره في الأسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما فيه تخصيصه بنوع وفيه نظر لأن الطحاوي
حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى
وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغيره سوى العقور والحديث يدل على الأول
والثاني ملحق به دلالة ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا لغيره ونشره فكان مالا فيجوز
بيعه واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية
عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به
للأساكفة وليس بمال وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب تقع تبعا للملك
في العين لا قصدا فإن المنفعة الآن بأنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع
بمنافع العبد والأمة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت
الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والإباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها
كإباحة لحمه حال المخمصة وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب
بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لأنها لا ينتفع بها قوله والحديث محمول
جواب عما استدل به الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن إبراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه رخص في ثمن الكلب للصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فإنهم كانوا ألفوا
اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا
بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون
منتفعا به من الكلاب والحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث
متروك الظاهر لأنه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون إلا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة
العين جواب عما استدل به بالمعقول بالمنع فإن تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية
وليس بنجس العين كذلك ولئن سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء
قال رحمه الله ولا يجوز بيع الخمر والخنزير. بيع الخمر والخنزير من المسلم غير جائز يعني
أنه باطل وتقدم وقوعها مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه
وسلم إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال
حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل
عام راوية من خمر فأهدى إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم يا أبا عامر إن الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها
واستعن بثمنها على حاجتك فقال صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شربها حرم بيعها
وأكل ثمنها قال رحمه الله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الأصل
لا يجوز بين أهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان

والدراهم

والدراهم بالدراهم يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل
وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفا واحدا وإنهم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام واستدل المصنف
على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولأنهم
مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى النفس إلا
بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة
ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما
كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما
يعتقدون دل على ذلك قول عمر لعماله حين حضروا إليه وقال لهم يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون
في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل إنهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا
أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته أن يطلب
إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيعه إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه
إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك
خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري وخمسمائة من الضامن
وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل
المار أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي
لأنه إما إلحاق تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا
أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بأن زاد في الثمن وهو ليس في المبيع
بدون نقصان الفضل في ذلك كبدل الخلع فكونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز
اشتراطه على الأجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة صورة وإن فاتت
معنى ليخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة
من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة حرام لا تلتزم بالضمان واعترض
بوجوه الأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان
خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق
الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والتأمل الصائب
في أصل المسألة يغني عن هذه الأسولة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقق فإن ورود
السؤال إذا كان بغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن حصول الثمن قد
يستغني عن أن يقابل بالمال جزءا فجزءا فجاز أن يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل
كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع ليس من الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتا
بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبدل الخلع وإذا جاز ذلك جاز طلب ثمن التزم به
والملتزم فيما نحن فيه الأجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن
فإن أصل الثمن لا بد أن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز

وجوبه على الغير عدم جوازها لا يلزم وجوبه غير مقابلته وقع في الكتاب وللخمسمائة بالالف واللام
في المضاف دون المضاف اليه وقيل لفظ الخلاف في استناعهم وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون
ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسمائة بل الجر في المضاف
اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية ولم يقبضها
حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود
سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثم مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف
في البيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس
كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله
واذا لم يطأها الزوج فليس بمجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية
عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها
المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق
والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء
على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس كذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق و
اتلاف للمالية ولهذا الملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا **قال** رحمه الله
ومن اشترى عبدا فغاب المشتري رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن
وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها
فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه
بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك
المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيجب كذلك
وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره
كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي
الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق بالمرهون يباع
في دينه اذا تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع
بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل
هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا وفيه
بحث من وجوه الاول ان اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذا من الخاتمة
مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه
الثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه
مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة
لا للقضاء وان القاضي يقضي بموجب اقرار المشتري في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني
وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي

كبيع

كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من
يعمل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد يتسامح بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير
مقصود وانما المقصود النظر للبائع في احياء حقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا
يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر
بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ
ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسكه للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع
هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى
ينقد جميع الثمن فاذا نقده اجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد
الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقده لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى
يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب
من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير
واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك
وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن
نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن
فانه اذا اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير
فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في الافتكاك
وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف
الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه
فالجواب ان الاضطرار في حالة الحضور منتف لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن
فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بينه وبين
ما اذا استاجرا دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه
يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس
الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجيء **قال** رحمه الله ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة
يجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على
المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما
على الآخر فيجب التساوي قيل فكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة او الرداءة او الوسط لان
الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد بها في الجامع
الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولعل

قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجملته ما ذكرنا كما في الاولى للعطف
الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن
سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف
الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال رحمه الله ومن له على آخر عشرة دراهم
جياد ورجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو
قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حق
صاحب الحق رب الدين في الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص
عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة
ومحمد ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم
جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها
منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم
تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض انه من حيث
الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتبار ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين
احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يعرى اذا لم يفد وههنا يفيد وصار ككسب المأذون
المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشتراه صح والثاني ان المقصود الاصلي
هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة
تم انما هي للغرماء فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا
يجوز ان يكون الاصل تابعا له والله اعلم قال رحمه الله واذا افرخ طير في ارض رجل
اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها
ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي فانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذ
بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيد به كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للآخذ
دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي
ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسر احد رجله والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا
يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها
لذلك بان حفرها ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت
للجفاف فتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم
في ثيابه ما لم يكفها اي يضمها الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لان العسل الصق به
لانه عد من انزاله اي من انزال الارض يتناول المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما
ان العسل صار قائما في ارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان
الماء بخلاف الصيد كتاب الصرف الصرف بيع خاص وهو ان

يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم في اول السلم
ويسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف
هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة
تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها مما يقابلها من المطعوم
والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده لما كان فيه فائدة اصلا فلا
يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى واحل الله البيع وقوله عليه السلام الذهب بالذهب
الحديث وان كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي
صرفا ومنه اي ومن كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه
وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله تعالى منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه
اداء الحق الى المستحق وشرط على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار
ولا تاجيل واقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر
قال وان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا
مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الآخر او احسن صياغة
لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في
الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب
الربا حديث محمد في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك
قال اتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت
به وزنا وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا قال ولا بد من قبض
العوضين قبل الافتراق قبض عوضي الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو
ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو
في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد
عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا وقوله
في الكتاب فلا يتحقق الربا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله ولان احدهما دليل
آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فوجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك
بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق
ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره قوله
ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ وبيع
المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه
شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى
هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب
نسيئة شبهة الفضل فان بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق

ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة
دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة
لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار
الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في
المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه
وقصته ما روي عن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا
الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف
فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي
وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا اتى بجواب عما سئل عنه لا بأس
ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم
من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا الذي ذكره
من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل
الصرف يعني ان مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه
قوله فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني ابتياعا بالعقد فان افترقا
قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صريح بخلاف من يقول ان
القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط
الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد لا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث
الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز
بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض
الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث
الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فصل ما بين فيه من التمحل مع حصول المقصود
بجعله شرط البقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف
ولا الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال
الى شهر لانه بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين
العبارتين ان في الخيار بقاء القبض لانه سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في
العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشيء معتبرة له كذا قيل وكانه راجع الى ان في الاول تحقق
القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت قوله الا اذا اسقط في المجلس يعني
ان كان الخيار لهما او من له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر
رحمه الله وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن

ابي يوسف

ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق معروف
في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف
كما في ساير العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار
اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود وداورونه فلا
يفيد الرد فائدة قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها
ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله
والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف
العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن
زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان
الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثم سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل كل
واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز
كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد
البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فانه ما دخله الباء اولى
بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم
والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جوابه
عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين
فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط
قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا
في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما
اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله
قال ويجوز بيع الذهب بالذهب مجازفة اي اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة
لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء
وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم
يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حال العقد
شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم وللموهوم في هذا الباب حكم المحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد
المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس
وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا
جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرفا التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس
او بعده لان الشرط هو المماثلة والوزن وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما
قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرجه

عن كونه صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة و فى عنقها طوق فضة
فيه الف مثقال بالفى مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة لان قبض حصة
الطوق فى المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا مساواة
بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تعريفا للذمة كما اذا ترك سجدة
صلاتية وسهوية ايضا ثم اتى بسجدتى السهو ولم تعرف احد سجد فى السهو الى الصلاتية لانه
لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفى مثقال الف نسيئة والف نقدا
فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة
على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز
ذلك ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب
وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان وانما يخرج من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا
كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى
الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح
من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية
لانه صرف فيها واما فى السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا
لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لانه
امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن
ازيد مما فيه اى المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره
مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهى اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
ازيد من وزن الفضة التى مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد فى مقابلة الغير لا تفضى
الى الربوا والثانى ان تكون وزن المفردة مثل المتضمنة وهو غير جائز لانه ربوا لان الفضل ربوا
سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون المفردة اقل وهو ايضا نحو والرابع ان لا يدرى
مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل
هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدرى يحتمل
فى الواقع ان يكون مثلا وان يكون زائدا وان يكون اقل فان كان زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة
الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا يصلح للترجيح واجاب شمس الائمة
الكردرى بان مراده انه اذا كان احدهما يلحق الحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقى اذ لا تعارض بين
المفسد والصحيح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض
ثمنه وصح فيما قبض واشتركا فى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض
فصار اى بقى صحيحا فى بعض وبطل فى آخر وهذا بناء على ان القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون

الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل
تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال
ولو استحق بعض الاناء اى ولو استحق بعض الاناء فى هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء
اخذ الباقى بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بالشركة اذ الشركة فى الاعيان المجتمعة تعد
عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب
حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض قال وان باع قطعة نقرة المراد من النقرة
قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع
قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها
ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال ومن باع درهمين ودينارا
بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل
كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعى لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير
وكرى حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتملت عليها الصفقة وكان
فى صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلثة
تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة
ومن قضيته التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد
من البدلين حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا اى سوارا بعشرة
وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف
ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه
الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع فى الدرهم ولا
يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون
التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان
جائز الارادة فينبغى ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة وهذا
اذا باع كر حنطة بكرى حنطة فسد لان الكر قابل الكر وفضل الاخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق
متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه وليس منه تغييره لذلك بامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم
والدرهم الاخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا هذا غلط لانا ما
اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اى وجه كان تعلقا فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وهو
اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه فقال فيه تغيير
وصف التصرف لا اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثانى ممنوع لانه موجبه الاصلى وهو
ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين
غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف وان كان فى ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى التعيين فكذا

اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى فلان
مسئلة المرابحة ممنوعة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو اما ان يكون مراده
تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يثبته وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة
الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقص تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد
لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة
على الالف الى المشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالث
فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في
الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتدا
يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح قال ومن باع
احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال
الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف
التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع
من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ولو تبايعا
فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون مما له قيمة اولا والاول
اما ان يبلغ بقية الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها
عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب تساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم
تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط
الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا
ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب
بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد يقابله الدرهم وقيمة الدينار
تبلغ الدرهم ولا يزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق
ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة
المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة
بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة
يقبنية بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا
فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباع الذي عليه العشرة دينارا
بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار
غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف شرط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي
وشرط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك
فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما

غن

غن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك
وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو
في دين يتوهم الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة التي عليه ودفع
الدينار فاما ان يتقاصا او لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول
جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ان لا يقع وبه قال زفر لانه استبدال ببدل الصرف
وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين
بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوض قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس
بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف
واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد
من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة
الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا
النسخ ثابتا بالاقتضا ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد
مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف وخمسمائة وقد بحث من اوجه
الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى
الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضا يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا
ثبت الفسخ المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فاتت بالفسخ
الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف
حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف بقوله وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة
تقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود
لانهما لما ابطلا عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدا جديدا فتحققت المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة
ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت بمثل هذه الاقالة حكم البيع والتفرق حيث لم يتعلق لانه
لم يوافقهم في المسئلة فتعين ان يلزم وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف الاستدلال بحديث ابن
عمر وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكرى ابلا بالبقيع فاخذ بالدراهم واخذ
مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب
انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه
فلم يكن قاطعا حتى يلتزم زفر وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض
الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا ففيه
روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين
تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضيخان لا يقع المقاصة لان الدين
لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح
ان قصدهما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى الدين قائم وقت تحويل العقد فيكون

الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس
بدافع كما ترى لانه اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم
المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويتوجه هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق
والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف اليه الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد
فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة
عدم كونهما موجبي عقد واحد فان اضيف الى الدين السابق تجانسا وان اضيف الى دين حادث
عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينها وبين الدين الحادث وهذا
اوضح **قال** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة
التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فيردها بيت المال لا لانها زيوف بل لكونها قطعا
ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود
المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة
واما الثاني فلان المانع ان تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قال**
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة فانها
فهي كالجياد في التصرف او عادة والاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت
فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم و
الدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد
فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن وان كان
الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت
الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدرى فالبيع فاسد وان كانت
اكثر صح وهو الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى
خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر ولكنه صرف جواب عما يقال انا صرفنا الجنس الى خلاف الجنس
صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجهه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت
بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من
الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الا
انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف ومشايخنا يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك
يعني التفاضل في العدالي والغطارفة لان الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء
الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح
التفاضل فيه لانفتح باب الربا ثم تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها
المعتاد فان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد
فيهما فيهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج
تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها وان كانت

لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوق ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم
اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما
ولكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد
التي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم
تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل
النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه
قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد اخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد
بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن
عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه
حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها
لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب وكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع
عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما
فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب
ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر
التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال
ابو يوسف وجبت القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه
انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي تغلب
غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي
بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد يتناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم
لانا نقول ان العقد يتناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة و
بالكساد ينعدم منها صفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية
في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب
عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه
يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل واما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك
الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله
قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا
فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان
قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع في ايدي الناس كذلك واليه
اشار المصنف بقوله وعند محمد قيمته يوم الانقطاع وان كان صدد البحث في الكساد واما اذا غلت ازداد

القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار
الذي كان وقت البيع **قال** ويجوز البيع بالفلوس • البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم
اي معلوم قدره ووصفه وانما قال لذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف والاشارة اليه
ثم انها اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعينه لانها اثمان •
بالاصطلاح فللمشتري ان يدفع غيرها بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك
ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس
النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي ح
بطل البيع خلافا لهما قال الشارح هذا الذي ذكره القدوري مما لا اختلاف فيه يخالف ما في المبسوط
والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فهذه الكتب من غير خلاف بين
اصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف فلا ما نقل
عن المنتقى وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا
وقال زفر لا يبطل لانه ليس في الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم
البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا بظاهره قول عندنا وان دل
على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر ينقض لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا
الكساد لا يوجب الفساد فجعل مفسدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى خفي يعتمد عليه
في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قال** ولو استقرض فلوسا فكسدت • اذا استقرض
فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة لانه اي استقراض المثل اعارة لما ان الاعارة
قرض وموجب استقراض المثل رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة
لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه
معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة
وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين
ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص
به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز
ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض
جائز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال عاريا عن
البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن
الثمنية اقرب الى العين من القيمة فالمصير اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف
الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض
مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الخلاف
بينهما في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند
محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لانه على قول ابي حنيفة يجب رد المثل

وهو

وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض
اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض وكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف
ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على
الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر **قال** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس •
جاز • رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نقرة وذلك
معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك العدد من الفلوس وكذا اذا قال بدانق
فلوس وهو سدس من الدرهم او بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي
معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا
وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من
حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واما اذا ادعى الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل
محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس
فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما في ديارنا
بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف **قال** ومن اعطى صيرفيا درهما
هذه ثلاث مسائل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم
بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربا فلا يجوز وعلى قياس قول
ابي حنيفة رضي الله عنه بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا
باع حرا وعبدا وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رضي الله
عنه والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاتفاق
لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر كما قال بعني بنصفه هذا الدرهم عبدا وبنصفه هذا الدن
من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشيع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي
جعفر الهندواني والفقيه المطهر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا
ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع
وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر
اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو
اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن
نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم
بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة مثله والباقي بازاء الفلوس قال المص
وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا
حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو
نصر الاقطع رحمه الله في شرح المختصر وهذا غلط من الناسخ والله تعالى اعلم بالصواب **كتاب الكفالة**

فيكون نصف درهم الا حبة صح

عقبها البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامره كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى وكفلها
زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها
وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح في
المال تصح بالنفس ولا دين ثم وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه
لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعوضين بان اذا وهب
رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك
كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا يجب بان رب الدين اذا وهبه للكفيل
صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبله فلا
ضرورة فلم يجعل في حكم دينين قال رحمه الله الكفالة ضربان كفالة بالنفس
وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي في قول
لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبة حر مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول
به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه
ليسلمه كما اذا امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي من ماله الى رب المال المكفول عنه بخلاف
الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن
ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو حجة عليكم لانه
لانه عليه السلام حكم فيه لصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا
لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو
يتضرر به قوله ولانه لا يقدر على تسليمه جوابه عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره
انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله لانه لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء
بحسبه وهو هنا ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله
لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا ينبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة ماسة
استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف
لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا
قال رحمه الله وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في
ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت
بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته
فان كل منها مخصوص ببعض خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر
بجزء شائع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما
عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة

لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه ابن ملك

وكذا

وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله
عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه
ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة
وقد روينا فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال
انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك
لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئ
وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما دري لماذا يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع
قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله
الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان
الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال
حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف
مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل
وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن
ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة
اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت
متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا
امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال رحمه الله
واذا احضره وسلمه في مكان ○ اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له
ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا
سلم في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة
وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول
المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا
هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم
في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الحضور
فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلم في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة
وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلم في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند
ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا
يفيد المقصود وابو حنيفة يقول ان شهوده كما يتوهم ان تكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلم فيه
فتعارض الموهومان وبقي التسليم محققا من الكفيل على الوجه الذي التزم فيبرأ وهذا لان المعتبر
تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت عليه الحق او ياخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف

بمعنى ان تحصيل الدين كما يسهل بواسطة الكفيل يسهل بواسطة القبالة [illegible]

عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق
فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا
يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفله فيه دفعا للضرر عن
الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على
المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس
الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل
قادر على الاتيان به قال رحمه الله وان مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس
لبقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات
المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار
عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل خليفته
الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول
له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال
فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال
الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة باذنه
[illegible] واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن
فللوارث ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت والله اعلم قال رحمه الله ومن كفل
بنفس آخر ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه برئ
لانه يفيد البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند
التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء
فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه
وكذا في ساير الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له
موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان
الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا في دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس مختار اليه وقت ما بعد ذلك قد
حتى يحصل اليه فيشغل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال
له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار فاذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم
في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو
لربما امتنع عن ذلك لما يلحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل
نفسه عن كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل كتسليم
الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب

فهو

فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس
على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان
لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا لما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة
اي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم
من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثم جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ
الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وان سلم وكيل الكفيل
ورسوله لقيامهما مقام كتسليمه قال رحمه الله وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافي
به الى وقت كذا رجل قال ان لم اوافك به غدا الى شهر فهو ضامن لما عليه وتكفل فلم يحضره في الوقت
المذكور ضمن المال وافاده اي ما اتاه من الوفا وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يقل لم يلزم الكفيل
شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه لو قال فعلي
ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع
ولهذا لو قال تكفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت وكذا الكفالة
بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم في هذه المسألة شيئان احدهما صحة
الكفالة وفيه خلاف الشافعي والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال لاجل
وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة متعلقة بشرط عدم
الموافاة وهو ظاهر للتصريح بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال
بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان شاء الله تعالى ان تعليق الكفالة بشرط
متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة
لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا
بما ينافيها من تسليم او ابرا او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد
منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخر والمطالبة تفضي الى الضرر
بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال يثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل
ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما
مشروع للتوثق كما في كفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفا بهما اذ ذاك
واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال اي ثم هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط
لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع بلزوم المال
بازاء عوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا
هنا وللجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام
المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني
يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي
ان لا يجوز التعليق بالشرط كالبيع وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فجعلنا لا يجوز

تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه وتصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم
الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في
ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس والله تعالى اعلم قال رحمه الله ومن كفل
بنفس رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم اواف به غدا فعلى المال فان مات المكفول عنه ضمن المال
لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري
المذكورة في ان كل منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدم
بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة
بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد لها ليست
مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء
فيجب ان تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول
به والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا لغيره مقصودا بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام
ظهير الدين في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة
من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم
المستحق بعقد الكفالة لان المستحق تسليم يتوصل به الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم
ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم
النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة
اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا لا لانه التزم منه غير مدفوع
وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت
تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما ترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف الاطلاق والمعتاد فان لم اون
فلا يفيده في اضرار غيره قال رحمه الله ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى
على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة او رديئة او صحيحة او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل
على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي
يوسف آخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة لم تسمع
دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل علق الكفالة
بالمال مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبها الى ما عليه بل هو متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة
بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على
المدعى عليه بل التزم مالا على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب
الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهكذا يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح
المصنف والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة
بالنفس فلا يصح ما ينبني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة
اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه

وتكون

وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة
بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى للكرخي
والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة
جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة
في مجلس القضاة فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه
اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة
بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال
رحمه الله ولا تجوز الكفالة بالنفس اي بنفس من توجب عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل
بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند
ابي حنيفة وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجبر صاحبها بالكفالة بحذف المضاف واسناد
الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها
كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان المغلب فيه حق العبد على الخلوص
لما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر
بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد
الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث يسكن وان لم
ياذن له بالدخول يجلس في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجبر الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل بها سواء اعطاه قبل
اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب
الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يتكفل بحق واجب على الاصيل
وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل و
لابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل بين ما هو حق العبد منه
وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف
في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق فان قيل حبس
باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على
ما ذكر لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على
الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو
تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق معنى
الكفالة وهو الضم ولكن الامام المحبوس لحد السرقة وحد القذف على المذهبين قال

رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان ○ لا يحبس الحاكم في الحدود حتى يثبت عليه وفي بعض
النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي
يعرف الحاكم كونه عدلا لأن الحبس ههنا للتهمة أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعى لأنه يحتاج إلى
حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة لأن الحبس للتهمة من باب دفع
الفساد وهو من الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وحاصل
الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع
من الإيفاء لا يحبس فيها إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص
فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل أن يقول الحبس للتهمة
قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا
الحدود بالشبهات وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب بأن يحمل قولهم
للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون
حرام لإفضائه إلى الفساد والعالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة
ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن مثله مأمور به
فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من
النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك
إذا سمع الحجة الكاملة تخيل الدرء هذا والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في
الحدود والقصاص عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغني عن الحبس
وقيل معناه كلام في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي
رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة ○
قال رحمه الله والرهن والكفالة جائزان في الخراج ○ أورد هذه المسألة ههنا دفعا
لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة فإن
صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك ألا يرى أنه يحبس به ويمنع وجوب
الزكاة ويلازم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه وإنما قيل مطلقا يعني في الحياة والممات احترازا
عن الزكاة فإنها تطالب بها أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام وأما في الباطنة فكذلك
لكونهم نواب الإمام والكفالة بها لا تصح لأنها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا
كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لأنه دين مطالب به إشارة إلى صحة الكفالة فإن
كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والممات تصح به الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة
لأجله فيه وقوله يمكن الاستيفاء إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقا
لجانب الاستيفاء فترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه فكلام المصنف لف ونشر
مشوش ولا يبعد في قصده ذلك قال رحمه الله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ○

تعدد

تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة
أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطالبا بإحضار المكفول
عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا إن إبراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه إلى التزام
من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد
التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي بجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول
بامتناعه قول بلا دليل وإذا صحت الثانية لم يبرأ الأول لأنا إنما صححناها ليزداد التوثق
فلو برئ الأول لما زاد إلا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي
ليلى يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الأول كان واجبا في
موضعين وهو بناء على أصله إذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذا ههنا والجواب أن ذلك
خلاف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويفضي إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة
فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم إذا سلم أحد الكفيلين نفسه أي الأصيل إلى الطالب برئ دون
صاحبه قال رحمه الله وأما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع
في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف عليه أو بما لك عليه
فهذا البيع يعني من الضمان بعد أن كان دينا صحيحا لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء
فتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة بالدرك
بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه إشارة إلى الخلاف لمن يقول
إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك
صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بالشجة أي بشجة
كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت مجهولة لاحتمال السراية والاقتصار وإنما قيل
خطأ لأنها إذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالجارحة فإنها توجب القصاص والكفالة
به لا تصح ولما كان ذلك في كلامه لم يحتج إلى التقييد به وشرط أن يكون المكفول به دينا صحيحا واحترز
بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح إذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد
حتى نفسه والمطلوب لا يقدر على إسقاطه عن ذمته إلا بالإيفاء وبدل الكتابة ليس كذلك
لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء
فيطالب به قال رحمه الله والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين أن يطالب
الذي عليه الأصل أي المديون وسمي المديون أصلا لأن المطالبة مبنية عليه فإن مطالبة الدين تنبني
دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة
إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأولى لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير
حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة وله مطالبتهما جميعا
جملة ومتعاقبا بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب وغاصب الغاصب فإنه إذا اختار
تضمين أحدهما لا يتمكن على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك إذا قضى القاضي بذلك

فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك **قال** رحمه الله ويجوز
تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا
استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء
مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يوافك به فعلي واما مجرد
بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان
اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك
وكان نداؤه بامر يوسف وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث
من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لمن يأتي به لا لبيان
الكفالة فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا تكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم
عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول
له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب
فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك
فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة
مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم
جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان
الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنع اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت احدا
من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو
غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما تمنع لاجل الاضافة لا للجهالة
فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل
والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما والمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنع مطلقا
لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تتحقق من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة
الطلاق والعتاق حتى تتحقق من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة
البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود
بقولنا على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح
ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي
نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفا على قوله
واما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة
اذ لم يذكر ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا
والثاني كذلك لقوله بعدها لانه تصح الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان

الاجل

الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط الفاسد ومع ذلك فليس مستقيما لانها
تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز
الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة
ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع آخر اذ التعليق يخرج العلة عن العلية
كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم
في الصرف بايفاء به ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره
كما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق
بالشرط الاجل مجاز بالقرينة قوله ويجب المال حالا اي تقديره لان الكفالة لما صح تعليقها باجل
متعارف لم يبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل
واحد منهما فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذا اذا ثبت بالبينة فيتحقق الضمان
به وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان
القول قوله لانه ما التزم المجهول لكن لم يبق مجهولا تخصيصا كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لانه
من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشرع مما يصح بدله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه
بالمال والبيان اليه قوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله
لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض
الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرمائه دين الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة
المرض **قال** رحمه الله ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول
عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم واشباهه لا يفصل بين كونها بامره وبغيره ولان الكفالة التزام
المطالبة بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به
غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة
والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاما اذا لم يأمره لم يتضرر وان كان
فقد رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين ان الكفالة بنوعيها مما يقتضيها مع انتفاء المانع
وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره
ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او
عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد
بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادّ عني زكاة مالي او اطعم عني
عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على ان ضامن لان
المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع
بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب

بالاستيفاء ملكه لما كان الكفيل واقام مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان
تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على
الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره قوله رجع
بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه
ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى
ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما اذا ادى زيوفا
بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال
المصنف لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته
فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين في ذمة المكفول عنه
للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له
ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما
ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في
الدين والثاني ان في الهبة والميراث الملك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف
ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد واعني ما ادى
وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا
اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهنا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا
اذن له بالقبض صار كانه اوضح من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون
تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن
هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة تمليك
للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك
لانه لولا ذلك نقل الدين اليه بحوالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك
الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له فان الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط
محض كالعتاق والطلاق فيكفي صونه بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت
تمليكا اقتضت ملكا مقدورا للتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى
نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل
وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته
والطالب ليس له ان يطالبه الا ما ضمن فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل
المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على
المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كذلك بما ذكرنا في الحوالة المحيل
يريد به حوالة الكفاية انتهى قوله بخلاف المامور بقضاء الدين جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا
اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المامور بقضاء الدين والمامور يرجع بما ادى

فكذلك

فكذلك الكفيل وتوجيهه ان المامور بقضاء الدين لم يجب له على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة
ولم يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن واما الرجوع بحكم الامر بالاداء
فلا بد من اعتبارها فلو ادى الزيوف عن الجياد وتجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان اداء
المامور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله
يرجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان
يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه
اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثاني ان
يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال رحمه الله وليس
للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه قبل ان يؤدي عنه
لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع
قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا
وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لاجل الثمن كالبائع
والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال رحمه الله فان لوزم بالمال كان له ان يلازمه
الكفيل له ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه
في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال زفر
ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فان
ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لان ابراء الاصيل وابراء الاصيل يستلزم
ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو
ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم تكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت
بانتهاء علتها وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل
ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل لان ذلك
ويحلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء
او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل
ولم يوجد ذلك فلا يتجه هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط
براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل غير موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا
لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في
ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب
براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون
اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل
بدون الطلب او بدون الكفيل جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان
اخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله وان اخر عن كفيله لا يكون تأخيرا عن الاصيل لانه

للتأخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورُدّ بان هذا اعتبار
مع عدم التساوي وهو باطل لان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء
وتسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب
ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار ثم ما ادعاه
الحاكم فارق عند من يقول بجوازه بينهما فقبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما ذكره ان الابراء
المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض
لا يحتمل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا
يعود بحلول الاجل والتاخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل بحيث ان يكون جواب دخل تقريره لا
نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال موجلا الى
شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين
لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة
الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تاخيره واذا كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل
تاخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة
بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين قال رحمه الله فان صالح الكفيل رب
المال مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه وهو ان يشترط
براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط شيئا من ذلك ففي الاول
والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب
بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل
ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهي مسئلة الكتاب فان قال
الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة
الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبرئ الاصيل عن ذلك
وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على
الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة
لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع
الكفيل على الاصيل بما ادى وصالحه بمائة دينار بخلاف الجنس على اصل الدين يشير الى المبادلة فيرجع
بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه
جعل الدين في ذمة الكفيل لتصحيح الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين
وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف
ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين
في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة به وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع
الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا قال رحمه الله ومن قال لكفيل

ضمن

ضمن ما لا له ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احدها ما ذكره ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها
الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس فالاولى ان يقول للكفيل ضمن
له بامره ما لا قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لان البراءة التي يكون
ابتداؤها من المطلوب اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة
ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبته
من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابراتك وفيها لا رجوع
للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطالب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي
الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول
برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد هو مثل ان يقول ابراتك لانه يحتمل البراءة بالاداء
والبراءة بالابراء والثانية ادناهما فتثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر
وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول البراءة بأي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت
بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول برئت
الي لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون
بفعل مضاف اليه على الخصوص كما قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع
المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع
فاما البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف في هذه
المسألة وكان المصنف اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع
ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال
على الوجه المذكور واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وقد
ظهر بما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على
العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفاء لازمه واجيب
بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال
لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابراتك وان كان بعيدا
عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل الاوجه الثلاثة استدلال لا صريح في الايفاء وغير الايفاء
فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب فبذلك سقط
العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو
الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به
عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان
كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فلكونه اذ ذاك يصح هونا قال
رحمه الله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول
اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما

فى سائر البراءات والتعليق انما يصح فى الاسقاط المحض ورُدّ بانه لو كفل بالمال وبالنفس وقال
ان وافيتك به غدا فانا برئ من المال فوافاه من الغد فهو برئ من المال فقد جوز تعليق البراءة
عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة فى الايضاح وبين بانه يصح لانها اسقاط
محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل
بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل فوجه اختلاف الروايتين
ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد
ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما
اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح
فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا ترى ان صاحب الدين
اذا قال عجل خمسمائة على انى ابراتك من الباقى كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل
البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز
على ما يقابله **قال** رحمه الله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به
ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا تصح لان امكان الضرب او حز الرقبة ليس
بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة فى نفى الصحة فاذا كفل رجل عن
آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح الكفالة حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد
الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهى لا تجرى فى
العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان
الزجر اما ان يكون للجانى بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود
كما ترى بعض المتهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثانى فقد يحصل المقصود بالاقامة
على النائب هذا فى الحدود واما فى القصاص فالاول منتف قطعا لعدم المقصود به بعد الموت اصلا
لا محالة والثانى كما فى الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم ينقل عن احد من اهله
خلاف فى جريانها فى العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا فى المسلمات وذلك غير مسموع
قال رحمه الله واذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشترى جائزة
بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان فى الذى
بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة
كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى
ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم
الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان تكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة
فيما يكون امانة او مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعى فعلى هذا لا تجوز
الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره
وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة وتجوز

فى المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام
قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان تجب قيمتها عند الهلاك
وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعى الكفالة بالاعيان مطلقا بناء
على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين فى الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط
صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور فى الديون دون الاعيان وقلنا بناء على
اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة والمطالبة تقتضى ان يكون المطلوب مضمونا
على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون
المضمون بالدين لا بالقيمة غير مضمونة على الاصيل حتى لو هلك المبيع فى يد البائع سقط الثمن وانفسخ
العقد ولو هلك الرهن فى يد المرتهن صار مستوفيا للدين ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة
وان كان الثانى اعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه
قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن
الدين جاز وذكر فى الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين
الرهن او برده حتى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شئ على الكفيل
لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن
فكذلك لانه عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زائدا عليه والزيادة عليه من مالية كان امانة فى يد
المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة
فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمها لعدم وجوبه كما لا تجوز
بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر كما اذا استاجر
دابة وعجل الاجرة ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها ما دامت
حية فان هلكت فليس على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها
وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة
الى عدم جوازه واظنه تابع شمس الائمة السرخسى فى ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة
قيل وليس هذا بصواب فقد نص محمد فى الجواب ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان
شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها وقوله
لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون
كما فصلناه قوله ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر ابلا معينة للحمل فكفل بتسليمها
رجل صح لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو
الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح قال المص
لانه اى الكفيل عاجز عنه اى عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست فى ملكه والحمل على
دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها
لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعى واستدل به على عدم جوازها فى الاعيان مطلقا وما

ذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله تسليم ما التزم متصور في الاعيان المضمونة في الجملة
فصح التزامه لانه ما يلزمه بعقد يعتبر فيه التصور غير دافع لانه تسليم ما التزم متصور في الجملة
فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح
لما بينا انه عاجز عما كفل به **قال** رحمه الله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس
عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال اخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في
بعض النسخ الاجازة قيل انه نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة لانه نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما
هي نسخة واحدة فالموجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في اخرى وذكر في الايضاح
وقال ابو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وعلى
هذا يجوز ان يكون تقديره بكلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة
بالنفس والمال جميعا لابي يوسف في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر
وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ونوقض بكونه التزاما فقط
وبان الاقرار اخبار عن وجوب الحق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن لم العبادة لا يشترط
قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل
كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم الضرر
بجواز رجوع الامر المخاص بين براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء فان الكفالة
اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك
للمطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس على
هذا لو قبل عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه **قال** رحمه الله الا في مسئلة
واحدة . هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا يصح ذلك عندهما الا في
مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدم الجواز لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولانه
الصحيح لو قال ذلك لوارثه او لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولكن استحسانا وجهان احدهما ان يقال اذا قال
المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح
وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال الشارح انما تصح الكفالة
اذا كان له مال لانه عند الموت تحقيقا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في
كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم
بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لانه
ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل اللفظ بظاهره على معنى
واذا نظر في معناه يؤل الى معنى اخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة
والثاني ان يقول ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته الى قيامه مقامه بوجود ما يتضمن نفع المريض
بتفريغ ذمته وانتفاء الى نوع بوجود ما فيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال
للوارث تكفل عن ابيك لي فانه قيل قيام مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول

وهو

وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد
به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى الحالة التي هو عليها
فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فانه بمنزلة قولها
زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب
للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكون للمسلكين
في هذه المسئلة **قال** رحمه الله ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا
قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين فكفل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح
ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض
والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا
المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع
في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت
كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه
الاخير من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم
الجواز من الصحيح لعدمها **قال** رحمه الله واذا مات الرجل وعليه ديون فاذا مات المديون مفلسا
ولم يكن عنه كفيل فتكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة وقالا
هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل
كفالة هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه
دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الاخرة لا كلام في ثبوته وبقائه
في حق احكام الاخرة واما في احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب
لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله
فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع
به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع وان كان به
كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا ينافي وصف الثبوت ومما يدل على
ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه
بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد
بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد
انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قولنا الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود
والفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب كما يقال الدين واجب كما يقال
الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض
بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التعريف في باب [illegible]

الحسن للمأمور به فان قلت فعل تعالى المال ولهذا اجاب المصنف بقوله لكنه امر الدين في حكم مال
لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء
الموصوف به يؤول اليه في المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تحمله
المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تتوقف
وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت
بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف
ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة ولو اخرج الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت
بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احق في وجه النظر على ما لا يخفى على
المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي قوله والتبرع لا يعتمد
قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان
على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا وكان بطلان الدين
انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية فاذا كان باقيا في حق المستحق حل له
ان يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان
السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى الغير بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد
بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به
كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل وله مال فان
انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو في السماع وعليه
اكثر النسخ تنزل كأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق لانه في
ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه وهو الكفيل او الافضاء اي ما يفضي الى
الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد
وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله بخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام بخلفه
باق حذف لدلالة الدليل عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما عندك راض والرأي مختلف
ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما يحصل
كفاية الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاول
فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين
فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلاة وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة على
اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى
عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جوابا لابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على
ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل يغرم او لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل
ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيها سواء ولا عموم

لحكاية

لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه صلى الله عليه
وسلم كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره
على الاداء ولو كان كفالة لجبره على ذلك والحوالة من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزم القول
ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت عن الشرع
جعل الذمة المعدومة موجودة والله اعلم **قال** رحمه الله ومن كفل عن رجل بالف عنه
كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا
على اما ان يكون قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك
حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع
الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم
لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل
بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام
باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان
يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع
ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى
حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك بالاسترداد فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده امانة فان
تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين
قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان يحصل
من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين
المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في
النهاية وذلك لان الكفالة اوجبت دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن
دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه
الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل
ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه يصح حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك
لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكافي
ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل منه
المطالبة الا ان مطالبته حالة ومطالبة الكفيل مؤخرة الى وقت الاداء فينزل ما وجب للكفيل على الاصيل
من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا اي لكونه بمنزلة الدين لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه صح ولو
اخذ رهنا او وهبه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان
يكون للكفيل والمعنى على الاول ان الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على
الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملك ما قبض بمجرد

من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا ملك له فيه
ونقل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على
المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
لانه بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل
دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة
للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا
وهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل
قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه يحل
ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في
المقبوض على وجه الاقتضاء وقد اداه الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة نبينه في مسئلة
الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في اخر فصل احكام البيع
الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح
لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان
اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف **قال** رحمه الله ولو كانت الكفالة
بكر حنطة فاما ما كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل
من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة
واحب الي ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير
عن ابي حنيفة وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف
ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه
ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث
مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا
كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يتقرر وان لا يتقرر ومثل ذلك الملك قاصر ولو عدم الملك اصلا
كان خبيثا واذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما انه رضي به او يكون الملك فرع ملكا للكفيل على
اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث اي الذي يكون مع الملك
يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل
فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق
به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه
وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رده عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان
غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رده عليه باعتبار انه حقه
هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين

عند

عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب **قال** رحمه الله ومن
كفل عن رجل بالف • اذا امر الاصيل ان يتعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض
من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة
ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي
ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه
لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع
فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا
لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل
نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما تصح بما هو مضمون على
الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لاخر بع متاعك في هذا السوق
على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا
الى قوله تعين يعني اشتر لي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار
ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به مقدار
فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة
والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد وفي
الناس من صور العينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة
التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من
الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها
الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل
نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل
اياك والعينة فانها لعينة **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه • رجل كفل
عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة
الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما
مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك
فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما
واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا
لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة
غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا
قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة

والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسألة الى ان المكفول به مال قضى او يقضى به بعد الكفالة والمدعى
يدعي الغائب يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف
ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يتحقق او مال
يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يتحقق لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة
قال ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضى به على الحاضر والغايب
جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المص
منها اثنين احدها ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه
مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على
دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان ههنا لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب
لك عليه او ما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه من المال شيء وههنا لو قال كفلت لك عنه
بالف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها بغير امره ان القضاء
على الغائب لا يجوز بخلاف الوجه بعدم التفرقة فان لا يكون الكفيل خصما على الاصيل بينما يكون
بامره او بغير امره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه
احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يتعين للمدعي الا ترى انه لو ادعى الملك
بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر قضى
بالكفالة بالامر بتبينه ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه وان ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغايب
اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه ان الشان ان صحة الكفالة بغير امره
تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه ولا
يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بينهما غير مبين في المسألة
وبينها اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان كم
على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره
او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يتمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات
ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه
معلوم ومعروف بنفسه واما اذا كانت بمجهول لا يتحقق ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف
والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال اذا كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته
المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله في الكفالة بامره بار جوع لكن يكون فرقا اخر بينهما اذا اقام البينة على الكفالة
بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا
رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان
الطالب ظالم والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى

شيئا

شيئا واقر بان البايع باعه ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
بالبينة على البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه وردّ
عليه بعيب بالبينة بعدما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بايعه لم يكن له ذلك عند محمد خلافا لابي يوسف
حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان
يرده على بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند
البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال
رحمه الله ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة
على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك
البايع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة
في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة والشرط يزيده وكادة
فتمام البيع انما يكون بقبوله الكفيل فكانه هو الموجب بالعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم
من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من
جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في
نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي
نسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال انه لا يرغب المشتري
في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها
ملك البايع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع ومن اقر بملك البايع لا تصح دعواه
بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه ليس بقول لا لبس في المعنى قال رحمه الله وشهد وختم
ولو شهد شاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص
مكتوبا ووضع عليه نقش خاتم حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني وقيل
لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في
زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره
ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك
واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة
بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك كما تقدم قال مشايخنا ما ذكرنا ان الشهادة على البيع لا تكون تسليما
محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع
بين فلان وفلان يشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته
ونفاذه مثل ان يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تسمع دعواه الا ان
يشهد على اقرار المتعاقدين وانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد لما كان مسائل الجامع الصغير
وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام

مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا يبيع ثوبه ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع
من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اى الى الوكيل
والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل
حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك
المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم
التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في ايديهما اى الوكيل والمضارب
وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان
تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لتنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير
اتماما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع
والمعير لم يجز لذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون
المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحويلا من حكم شرعي الى
الحكم شرعي ايضا كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان
الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا
بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصحح على وجه يبطل به اصلها بخلاف
مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا في صفقة واحدة وضمن
احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شايعا صار ضامنا لنفسه
وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة
افراز وذلك اما ان يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في
الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستوفي بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كانا لا بدليل
ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن
يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه ان يرجع على الشريك فاذا رجع بطل حكم الادا
فيعقله ملوقع فيه الرجوع وحينئذ كانه ما ادى الى الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم
الى ان لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا
ببطلانه ابتداء ولا يصح ما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او
بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه
الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على احدهما
لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه
ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الادا
في مقدار ما وقع فيه الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه
عليه ولم يبق له حق فيما يقع بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه
فكيف يصح شايعا بعنوان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شايع في

كل

كل جزء من اجزائه واعتباره نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له في الباقي من الافراد ولاحتمال
في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع
الماخرة يجاب عنه بانه انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا
كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما
الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثم لانها تكون
باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت
الصفقة لم يكن له ذلك **قال** رحمه الله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته
فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل
والرهن والكفالة جائزان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف
الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض
لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق فيه بين الخراج والزكاة
وذكر المصنف فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك المال من
غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلة ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد
بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة
وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى
فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف على الناس لذلك والضمان فيه جائز
بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين
والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي تاخذها الظلمة في زماننا ظلما كالقبح ففيه اختلاف المشايخ
قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء
عليه شرعا ههنا وقال بعضهم تصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر
الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان
من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه فصحت الكفالة بها لانها دين في حكم توجه المطالبة بها والعبرة
في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين
بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الآخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى
نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة
هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد
ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا
الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم
والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة
من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة

عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما فمن احد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا القسم بالضم ايضا بالتاء وقد علمت ان القسم بالتاء يجي بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصته منها من النوايب يعني انها قسم لامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التفسير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف الى ان الرواية باو على تقدير ان تكون القسمة حصته من النوايب لان القسمة انما كانت حصته منها فصح محل او واما اذا كانت هي النوايب بعينها فهي محل الواو وكلامه وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة بهما ان كانت بحق بالاتفاق واختلف المشايخ فيهما ان كانت بغير حق **قال** رحمه الله ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر * ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف ابرهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف انهما اتصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى الاجل فكان ثمه اقرار على نفسه ودعوى على غيره فالاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوقع الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقرّ به اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى الاجل فكان ثمه اقرار على نفسه الى اخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء وعلى ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل وانها موجودة فيما نحن فيه فلا مناقضة **قوله** ولان الاجل في الدين عارض هذا الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة نوعا كالناطق النوعي لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في التفتيش عن الدقة في اظهار المناط واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول

قول

قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان من القول قوله ووقع في المتن والشافعي يلحق الثاني بالاول وابي يوسف فيهما يرد عند الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك * ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى على البايع برد الثمن لان الاجازة من المستحق ثابتة وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بايع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي ان له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البايع لان الضمان قد لزم على البايع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى القاضي بالحرية يرجع بمجرد القضاء بها فبين المشتري حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البايع وكفيله ان شاء **ووضع** اي ايراد الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى به وبنى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصله وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم **ومن** اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراكها وتنوع استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البايع وهو ملك البايع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البايع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجب حمل بعضها على بعضها منها تعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف في استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به **واما** الثالث فابو حنيفة قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليم لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق وصار في حقه مطلقا فالتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح **واجيب** بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال فكما ابعد دليل

فى شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان فى الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان
خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن
فصحيح ان قيل وعلى هذا ففى كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا
القيمة وهو مدفوع بان المراد بالثمن مجاز اشهر وهو متعذر وبلاغة آلة تركيب باستعمال المجاز
فيما يلتبس فضيلتها هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد فى ادب القاضى للخصاف ان
تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابى يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان
الخلاف فى العهدة ايضا ثابت وذكر فى الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر هنا اى فى الجامع
الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابى حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو
خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على ما فى الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا
فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع **قال** رحمه الله واذا كان الدين على اثنين وكل واحد
كفيل عن صاحبه ۝ اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما
عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد
من الشريكين فى النصف اصيل وفى النصف الآخر كفيل وكل من كان فى النصف اصيلا وفى النصف كفيلا
فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى ما هو عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة
دراهم بعشرين درهما فنقد فى المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب بها اقوى لحاجته الى
القبض فى المجلس وما عليه بحق الاصالة لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهى تابعة
للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين
عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفى الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة
شىء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفى النصف كان انتفاؤها لكون احدهما [illegible]
قوله ولانه دليل آخر على ذلك اورده تقيا من الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه
مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع فى النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدى الى الدور فلم يقع فى النصف عن صاحبه ليرجع عليه
وقوله لان اداء نائبه كادائه بيان الملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت اديت عنى بامرى فيكون
ذلك كادائى ولو قال اديت بنفسى كان لى ان اجعل المؤدى عنك وان رجعت على وانا كفيل عنك فانا اجعل
عنك فارجع عليك لان ذلك الدين الذى اديته عنى فهو ادائى فى التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك
فهى تعذر بادائى كذلك والشريك الآخر يقول بمثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فايدة فجعلنا
المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه
بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان
عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل

واخذ

واخذ على الكفيل وصحت الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى
قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح فكل شئ اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان
ما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة
فى النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه
ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض
برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال
بشراء نفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور كما تقدم وانما
قال فى الصحيح لتتأتى الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه
احدهما بنفسه والآخر بنايبه ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه
لمن كفل عنه لا لكليهما وقال وان شاء يعنى من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل
عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا
ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله
على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا من قولنا ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا يأخذه
وهو ظاهر **قال** رحمه الله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاؤا بجميع الدين ۝ اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان يأخذوا ايهما شاؤا
بجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشىء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة
لانها تنعقد على الكفالة فكانا من ضمان التجار وحينئذ كان للغريم ان يطالب ايهما شاء بجميع الدين
لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا
الدين فليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدى اكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين
قال رحمه الله واذا كوتب العبدان كتابة واحدة ۝ واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال
المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس يخالفه
لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى
ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل
الكتابة فلما مر من انها تقتضى دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما
اصيلا فى حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد
منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا وان جعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره فى المكاتب
وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد
منهما تعلق بمال على حدة فتتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرفت ذلك ظهر استواؤهما فى الوجوب عليهما
فى علمت ان حكم الكتابة يجعل كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لم يصح لانتفاء المساواة والحكم

ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه
ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان
المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا تتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفت الضرورة
فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه
فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف
ما ادى انما هو للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ
باداءه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان
يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما
جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى ان يأخذ بايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة
قيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح الكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مكاتبا
بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي
اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن
نفسه **باب كفالة العبد وعنه** حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر
اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث لكنه
اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيها فيه **قال** رحمه الله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه
قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد في الجامع الصغير
وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه
رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى التأويل فان العبد
اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى
وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد العتاق
عند ابي حنيفة واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا
ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتناولهما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان
او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او ودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ
بذلك الا بعد العتاق اما صحة الكفالة فهذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل متعذر التسليم
فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي او المفلس واما كونها حالا فلان المال على العبد
المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة
اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير
معسر فوجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ بالكفيل حالا وان عجز الطالب عن
مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان
في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة

دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه
متأخر فيتأخر يعني ان الدين ثم تأخر عن الاصيل بمؤخر اي بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا
بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا ادى
الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه
مقامه **قال** رحمه الله ومن ادعى على عبد مالا • الكفالة بالنفس لا تتفاوت فيها
ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر
هذه تمهيدا للبحث بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على غيره فكفل به رجل
فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على
وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه
التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل
بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم
نفسه فكذا عن كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او
بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة
الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل **قال** رحمه الله واذا كفل عن مولاه بامره • اذا
كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان الاول لم تقع
كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله
ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس
او بالمال مديونا كان العبد او غير مديون فاذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه او ادى
المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لانه تحقق الموجب للرجوع وهي
الكفالة بالامر وتحقق المانع وهو الرق قد زال ولنا ان الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان
العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده
دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره
فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء لذلك ونوقض بان الراهن اذا
اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب
دينا على مولاه اجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت
الى آخره ما يستوجب دينا لان استيجابه الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق
فلم يكن مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب ببدل الكتابة تكفل به حر او عبد وانما قال ببدل الكتابة
دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة
فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا
يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله
تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكلما ثبت مع المنافي غير مستقر اي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر

في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان
تسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزؤا ولعبا قوله ولانه دليل آخر على عدم
استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء
وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان الكفالة به لو
صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه
كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فظاهر لان الاصيل
بتعجيز نفسه يرتد رقيقا للمولى كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن
الكفالة لان من شرطها الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم
الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل موجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا
على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ثبت مطلقا لزم الزام الزيادة
على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط
بدلها لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز
الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة لكونه دينا غير مستحق لثبوته مع المنافي لان احكام المستسعى احكام
العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتنزيه المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما يجوز لان
بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كسائر الديون والله اعلم

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما لما على الاصيل كما
في الكفالة فكل منهما يجوز استعارة كل منهما للآخر فاذا اشترط موجب احدهما للآخر على ما عرف لكنه اخر
الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هي النقل
وحروفها كيفما تركبت دائرة على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى
الذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها

قال رحمه الله وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فيدل
عليه النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد
عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي
فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث
حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بشرع ولا يكون
مامورا بسبب ليس بمشروع فدل على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب
الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين
وتقريره ان الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي
في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص ضربا للتزام واما العين فانها
في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان المحسوس كذلك فلا يتحقق فيها الا بالنقل الحسي
وليس ذلك مما نحن فيه **قال** رحمه الله وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه شرط

صحة

صحة الحوالة رضى المحتال لان فيها الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه
ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه
فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه
لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه
فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه التزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة
على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار لا التزام لا الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري
وعسى يحصل بان ذوي المروءات قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات
ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به
بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل عليه وعلى هذا يكون فائدة اشتراطه الرجوع
عليه اذا كانت بامره وقيل جوابه عما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل
الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحتال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان
الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة
المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه [illegible]
بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه
مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي **قال**
رحمه الله واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها
براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول يتعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط
فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى
انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة
ومنشأ ذلك ذكر محمد احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين
من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو
ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل
عنه ومما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل
اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان
الابراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال
المحتال لا يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا كالاجنبي
اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا الاول هو الصحيح لانها تنبئ عن تحويل الدين
فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن
بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترده كما لو ابرأه عن الدين وعند محمد لا يسترده كما
لو اجل الدين بعد الرهن ومنها اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف لا يصح لبراءته [illegible]

وعند محمد يرجع لبقاء الدين في ذمته لان المتحول بها هو المطالبة لا عين الدين لان ما ذكره المصنف يدل على قول
ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها الا ان انتفاء الدين بلا مطالبة يستلزم
وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر لا يبرأ
لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ونقل
ذلك عن مالك الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم ليس
مضافا الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر
لغة فان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما
الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما ينضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية
واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كاملة ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي
والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله
والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه
لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء وليس بسعة ذات اليد والاحسن
قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهي في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله ولهذا
يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو كان
ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فلو نقد كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول
اي لا يجبر على ان يقبل القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقول اليه لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي
وبان الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وكيف
يكون متبرعا وهو يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال رحمه الله
ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول
برئ المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي
لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو
ظاهر حيث لم يكن ثم ما يدل على التقييد وما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد
بما روي عن ابن المسيب انه كان على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن
المسيب اخترت علينا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجعل له الرجوع قلنا البراءة حصلت
مطلقة لفظا ومطلقا اما الثاني فممنوع والاول مسلم لكنه لا يفيد لجواز ان تكون مقيدة بدلالة الحال
او العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال
لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا
تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في
العقد الاول لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق
المحتال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في
الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ

ويعود

ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله وتنفسخ الحوالة لفوات المقصود وهو السلامة لانه
قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه تنفسخ
كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعود الثمن وان لم يشترط ذلك
في العقد لما تقدم اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين على المحيل
فالمصنف جمع بين طريقتي المشايخ واستخدم قوله قضاء [illegible] كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين
مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان انه قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على
المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال قد
خير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأباها ابقاء الحق في
ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه
اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب
ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والآخر خلف عنه او كل منهما
اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار
احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف
وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاذا فات [illegible] انتواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الموضوع
قال رحمه الله والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند
ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل
على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى
الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه
لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فيسقط عن المحال عليه ويثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة
المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا
هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالتمييز حال حياته وهذا الاختلاف بناء على ان
الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فان التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد
حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال العجز عن ذلك عجز يتوهم
ارتفاعه بحدوث المال لان المال غاد ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت
ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط ان القول
قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ثم قال فلعل الرجل
انما صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستحل مكان اتق وذكر القاضي انه يقضي
بافلاسه حين ظهر موته كذا في النهاية قال رحمه الله واذا طالب المحال عليه المحيل
ان طالب المحال عليه المحيل بمثل الحوالة مدعيا قضاء دينه منه فقال المحيل احلت بدين لي
عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق بالحوالة

الحوالة يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه
في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه
اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز ان تكون كما عنه وحينئذ يكون التمسك بالدين
تمسكا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال
بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه
احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة مستعمل معناه ان دعواه ما كان دعوى
ما هو من محتملات لفظه وهي الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف
من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع خلاف
للظاهر قال رحمه الله ومن اودع رجلا الف درهم • اعلم ان الحوالة على نوعين
مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له في يد المحال عليه
بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها
ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل
على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين وايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون
الطالب على رجل ليس له عليه دين بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها تحويل الدين من
الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والغرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال
عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة
والمؤجلة هي ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون
على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال
بها عليه آخر فهو جائز بيان لجواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه
اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من غير حق المحيل
وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الى الكسب
والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز ولما كانت جائزة بالدين فلان
تكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء
عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل
بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان
كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا
هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان
قيميا فكان الفوات بهلاكه الى خلف وذلك كلا فوات فكانت باقية حكما وقوله وقد تكون الحوالة
مقيدة بالدين ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على رجل الف درهم وللمديون على
آخر كذلك فاحال المديون الطالب على مديونه بالالف على ان يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة
وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا وبالدين

ان لا يملك

ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به
حق المحال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط اداء دينه في حقه مما للمحيل عليه او بيده فتعلق به
حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع او غيره الى
المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعدما رهن العين لم
يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة
الى حكم آخر يخالف فيه حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن
وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين التي له بيد المحال عليه والدين الذي له عليه فالمحال اسوة للغرماء بعد موته خلافا
لزفر وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا
لا يكون له اخذه في حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحتال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه
في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين التي بيد المحال
عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان
الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون
يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه
قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان
الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ما له عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير
للشان لانه لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه
وفي الذمة سعة واخذ ما له عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان
يؤديا دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذها مع بقاء الحوالة كما كانت قال
رحمه الله ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته
يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه
الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه
على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد
بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة
واما اذا لم تكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسالة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون
كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج
الى خصال حميدة حتى يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة
محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم
من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان
بالله تعالى امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا

المتوارثة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال
ولا تصح ولاية القاضي ۝ لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على
المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية
شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول
يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقي اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد
من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وطلما يستفاد حكم من
الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضا لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة
اوجب تبة عليها كانت اولى باشتراطها وربما اوهم المصنف بقوله يستقي استعارة للاستفادة الى
ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس والفاسق اهل للقضاء والاهلية
للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم
الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط
الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى الظاهر من حال المسلم
في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر
لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي
نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي في قوله وهذا اشارة الى انه يستحق
العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي
الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء
فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده
وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق صح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته
في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها
واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل
بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح
بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت
القضا بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان
معلقا بالشرط فان تعليق القضا والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق
بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضا والامامة والامارة ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت
التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة لان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى

ان من الامراء من تقلد غلب وجار واجازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما
مبنى القضا فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح
مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا
فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضا فان لفظ القدوري يدل على انه
شرط صحة التولية لو وقع في فاسق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا
لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاده نفسه اذا
له راي فان لم يكن له راي وسأل فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل
ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو
المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب
لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي فانه علل له بقوله ان الامر بالقضا يستدعي القدرة
عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى
المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه
ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضا هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل
باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره يؤيده ما ذكره احمد بن حنبل في مسنده عن علي
قال انفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم بينهم احداث
ولا علم لي بالقضا فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين
بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من اهل الاجتهاد نعم
ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو
اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه
خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا تعطل المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد
اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا وفائدة بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرنا في التقرير فحاصله
وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له
معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين بين وقيل وان يكون
مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات
المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب عليها وصاحب ان يكون
سبب المرء عرفا وعادة فان من الاحكام ما يبتني عليها خلافا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين
وغير ذلك قال رحمه الله ولا بأس بالدخول في القضاء ۝ ولا بأس بالدخول في القضاء لمن
يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فريضة وهو الحق لان القضا بالحق فرض امر به الانبياء قال الله تعالى
يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق
لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة تقلدوه
ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن

واجبا فلا اقل من المندب كما فى صلاة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوتورع فى
المخلوق فكان به باس قال رحمه الله ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز
عن اداء فرض القضاء ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه
شرطا اى وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف فى القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع
من الحيف انما هو بالميل الى الحكام باخذ الرشا وفى الغالب يكون ذلك مشروطا بعقد او شيء مثل ان
يقول له على فلان او له على مطالبة بكذا فان قضيت لى فلك كذا ولكن بعض العلماء او بعض السلف
الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال
الصدر الشهيد فى ادب القاضى ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله
دعى الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب فى كل مرة ثلثين سوطا فلما كان فى المرة الثالثة قال
حتى استشير اصحابى فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة
نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكانى بك قاضيا كذا
دعى محمد الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله
صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر الصدر الشهيد
فى ادب القاضى وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر فى الظاهر والباطن
جميعا والذبح بغير سكين يؤثر فى الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر فى الظاهر ووبال القضاء
لا يؤثر فى الظاهر فان ظاهره جاه وعظم لكن فى باطنه لانه هلاك وكان شمس الائمة الحلوانى
يقول لا ينبغى لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضى فقد حكى ان قاضيا
روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف هذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق
يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى فالقى راسه بين يديه ثم قال المصنف
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل روى الحسن عن ابى يوسف ومحمد انه اذا قلد من
مسئلة لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا
او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسى فى شرح ادب
القاضى للخصاف دخل فى القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح
واسلم للدين لانه يلتزم انه يقضى بحق ولا يدرى ايقدر على الوفاء به او لا وفى ترك الدخول صيانة
نفسه وهذا اذا كان فى البلد غيره من يصلح للقضاء واما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ
يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد فى حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد فى الحدود
والقصاص فاذا كان فى البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه ان كان
السلطان بحيث لا ينفصل عنهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا فى الاثم لادائه الى
تضييع احكام الله تعالى قال رحمه الله وينبغى ان لا يطلب الولاية ولا يسألها اى
من صلح للقضاء ينبغى له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس عن النبى صلى الله
عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده فظاهر الحديث

اى فوض امره اليه ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولانه
من طلب القضاء فقد اعتمد فهمه وورعه وذكاءه والعجب فيحرم التوفيق وينبغى له ان لا يشتغل
المرء بطلبها لو نال بغرضه به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه
ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقلد
تفريع على مسئلة العدول يعنى انه لا فرق فى جواز التقلد اذا بين ان يكون المولى عادلا
او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة تقلدوا القضاء
من معاوية وكان الحق مع على رضى الله عنه فى نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر انما قتيل
بنوله فى نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع على فى نوبة ابى بكر وعمر وعثمان وليس
الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضوعه باب
الامامة فى اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره منتشر فى الافاق
وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه
اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فائدة للتقلد بخلاف ما اذا كان
يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضى الذى قبله من تولى
القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان القاضى الذى كان قبله والديوان هو الخرائط التى فيها السجلات
وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اى السجلات
وغيرها انما وضعت فى الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء
والا لا تفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب بمنفرده عن التذكر والبينة حجة لانها تؤول اليها
بالتذكر ثم البياض اى كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يخلو عن امور ثلاثة اما ان يكون
من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضى فان كان الاول فوجه تسليم القاضى اياه ظاهر
وكذا ان كان من مال الخصوم فى الصحيح لانهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل الى المولى
وكذا ان كان من مال القاضى هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تموّلا وقوله فى الصحيح فى الصورتين
احتراز عما قال بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضى لا يجبر المعزول
على دفعه لانه ملكه او وهبه له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا اذكر قوله ويبعث امينين بيان
لكيفية التسليم وهو ان يبعث المتولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى فيقبضا
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلا كل نوع فى خريطة على حدة كيلا
يشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها مما كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول
ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت
مجتمعة يشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا
السؤال اى سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون
قوله حجة ومتى قبضا ذلك ختماه على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا
السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثانى

بعين وههنا ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل المعزول عن
أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسأل أي نسأله
يسأل شيئاً فشيئاً عنها وليس بشيء لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل
حالاً بمعنى مفصلاً كما في قوله يثبت له حسابه باباً باباً ونظر المولى في حال المحبوسين بأن يبعث إلى
الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لأنه نصب ناظراً
لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم
فمن اعترف بحق ألزمه إياه وحبسه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار ملزم والواحد يبطل الغير عن خصمه
وعتق بتر أي حبسه ومن أنكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه إلا بالبينة لما تقدم أنه
صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه فإن قامت
البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل
عن الشهود فإن عدلوا فكذلك وإن لم تقم بينة أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو
محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه أياماً إذا جلس يقول المنادي إن القاضي يقول
من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه وإن لم
يحضر أحد منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يعجل بالتخلية
ويستظهر أمره كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب بل هو عليه إذا حضر
لأبي حنيفة في أخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك
كفيلاً على ما سيجيء أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك
فلا يجوز تأخير المحقق لحق موهوم وأما ههنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال
المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضاً على الخلاف
فلا يحتاج إلى الفرق وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون
محتاجاً إليه وإن قال لا كفيل لي أو لا أعطي كفيلاً فإنه لم يجب عليه شيء نادى عليه شهراً ثم خلاه لأن
طلب الكفيل كان احتياطاً فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو ما يحصل بالنداء عليه شهراً وينظر
المولى في الودائع وارتفاع الوقوف لأنه نصب ناظراً في أمور الناس فيعمل في المذكور على حسب
ما يقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده لأنه لا بد للعمل من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول
فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذو اليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول لأنه
بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه في يده في الحال ولو كان في يده
عياناً صح إقراره به فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع إلا إذا بدأ ذو اليد
بالإقرار لغيره من أقر له القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره
الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي والحاصل أن هذه المسألة على خمسة أوجه وذلك لأن من بيده
المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فإن كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول
عليه شيء وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إلي وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور

في الكتاب أولاً بتخليته وإما أن يقول دفعه القاضي إلي ولا أدري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب
والتعديل التخلية وإما أن يقول دفعه إلي وهو لفلان غير من أقر له القاضي وحكمه ما تقدم لأنه
لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح
وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه إلي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخراً وحكمه
أن المال يسلم إلى المقر له أولاً لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من
جهة القاضي إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال
إلى المقر له وإذا قال بعد ذلك دفعه إلي القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر أن اليد كانت للقاضي
وبإقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامناً للمثل أو القيمة
كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن
يبطل بما بعده أولاً وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع
من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار للغير لشمول الضمان أو شمول العدم ولم أر أحداً ذكر الضمان
للمقر له ثانياً في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار إبطال
ما بعده وإلا فلا وذلك لأن الإقرار ممن لا يد له لصدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد فإذا
أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل الإقرار الثاني لصدوره عمن لا يملكه وإذا
أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له
ذلك لكونه إقراراً في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه إقراراً على نفسه بإتلاف حقه
بإقراره لغيره في وقت سمع منه ذلك قال رحمه الله ويجلس الحاكم جلوساً ظاهراً في
المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المجلس كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض
المقيمين وروي عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق بالناس قال
الإمام علي البزدوي هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة وأما إذا كان في طرف منها يختار
مسجداً في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها وقال الشافعي يكره
الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى إنما المشركون نجس
ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد تقدم
إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة ولم يكره الأول وكره الثاني ولنا ما روي أنه صلى
الله عليه وسلم قال إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة
في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء
بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي
وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود
في المسجد فلا يمنع من دخوله إذ لا يصيب الأرض منه شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها
أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة
فإن قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا

الكفار ليسمع المخاطبين بوجوه الشرائع فلا باس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا باس به لكن قال
الامام فخر الاسلام اذا كانت داره في وسط البلدة كما تقدم في المجلس فاذا جلس فيها يأذن للناس في
الدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون
ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال رحمه الله ولا يقبل هدية
الا من ذي رحم محرم منه الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته بالمهاداة
قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل
في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي
لي فقال صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر أيهدى له او لا واستعمل عمر
ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي
عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا
ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم ليس له خصومة فلانه
من جوانب القرابة وهو مندوب اليه لصلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب
اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء او لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما
قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه
ليس باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان
المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا فالاول لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا
او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني
كذلك لانه اكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد قال الامام
فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله لا بقدر ما زاد في المال لا باس بقبوله ثم ان اخذ القاضي
ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا
يردها على اربابها ان عرفهم والى السلطان في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر
لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله
وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان تكون
عامة قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك
خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق بينهما بين الضيافة
والهدية حيث جوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول
على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول
عليها اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء وصلة للرحم وذكر فخر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة

عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء
الخصم الآخر او الى التهمة قال رحمه الله ويشهد الجنازة ويعود المريض
الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على
المسلم ست حقوق روى ابو ايوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم
ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض
ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته
كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي انه قال
نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة من الخلوة
تورث التهمة قال رحمه الله واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي
وان كان احدهما من ولاة والاخر فقيرا او كان ابا وابنا يسوي بينهما في المجلس فيجلسهما بين
يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية
ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان
الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس
الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الاخر وفيه دليل
على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
قال رحمه الله ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احد الخصمين
سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك
كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الاخر فيتحير عن طلب حقه فيتركه وفيه اجتراء
من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم
بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال
له صاحب المجلس والشرط والمعرب والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط ويجلس
الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال رحمه الله
ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق
بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان دوام
القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان
في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا
وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ
الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق
وتاويل قول ابي يوسف يشير الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم فصل

في الحبس لما كان للحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع
بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن
وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيثما امكن ولما كان زمن علي احدث السجن بناه من قصب وسماه
نافعا فنقبه اللص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها
فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا طريق الى ذلك الا بالضرب
فيكون بالحبس قال رحمه الله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا
ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان
الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق
باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر من جهته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان
اتيت او فيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه واذا كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور
المماطلة بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة
كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا
الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك
ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة
وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثم من يكفنه ويغسله لان
حقوق الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم
القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه
شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه
اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه
زوجته وجاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا
شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنعون من دخول
اهله عليه وجيرانه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال
رحمه الله فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب
الخصم ذلك كما قرر ولا يسأل عن غنائه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشايخ
في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي
وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن
المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في
يده يثبت غناؤه به وزوال الملك عن المال محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه
باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان
بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد

بالمهر

بالمهر معجلا دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته
قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير
لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا بالبينة فيحبسه
وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك الا ما كان بدلا عن مال لم يكن
لان الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل
حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول قوله الا فيما بدله مال وهو مروي
عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدلا عن مال
كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يوجد منه
على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة اقوال وفي المسألة قولان آخران احدهما
انه لما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والآخر
ان يحكم الزي اذا كان زي الفقراء كان القول له وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل
العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم
فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في
كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه
معسر عليه نفقة المعسرين كان القول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق
نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسألتان محفوظتان يريد ان القولين
الآخرين اما تأييدهما للاول كان القول لمن عليه في جميع ذلك فلان جعل القول قول الزوج
والمولى مع وجود مباشرة عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكره لكان القول قول المرأة
والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تأييدهما للثاني كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه
لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان
الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جعل جوابا عن المسألتين نصرة لما ذهب
فيه وتقريره ان لزوم النفقة على الزوج والمولى ليس بعقد لان الانفاق ليس ببدل مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط
بالموت قبل الانفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء منه او بايفاء من عليه
وكذا ضمان العتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في
كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال
على القدرة لانه اذا علم لا يحصل الخلاص منه فيما بينه وما بين جهته الا بالايفاء واقدم
عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او يثبت ذلك عليه بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل الحبس لانه اهل خبرته بيساره
واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لابد من مدة ليظهر ماله ان كان يخفيه
فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير التقدير بشهرين او ثلاثة اشهر وهو
اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني هو ارفق الاقاويل في

هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الحسنة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير
لازم بل هو مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة
قليلة ومنهم من لا يضجر بكثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل
يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة
على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر
بذلك ثقة يعمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار
والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذه شهادة
على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فتكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب
الطالب على انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام
هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار
شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سأل كان احوط قيل محمد تقبل البينة
على اليسار وهي لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما
اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع
بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق
بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرة على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار
الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس
بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال
رحمه الله فان لم يظهر له مال خلي سبيله ● فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي يراها القاضي برأيه
او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلي سبيله لانه استحق
النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض
الشروح جعل قوله بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلي سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم تمض
المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في نسخ ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس
وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر ولم يوقت او اثنان
او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا
امره سرا وعلانية ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ
وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن
الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة وفي رواية وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر يحبسه ولا
يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت به لان الظاهر ان القادر يطلب خلاص نفسه من
مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي قال القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام
يعني المنع عن ملازمة المديون بعد خروجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب
الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه

فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلي سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل
ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى التأويل فلهذا ذكر المصنف وتأويله بقوله
ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية
تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل ويحمل على
اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل قوله والحبس اولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من
الحبس اولا ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه يحتاج الى ذكره لها فلا نعيده قال
رحمه الله ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار
ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه
نوع عقوبة فلا يستحقها الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض
لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه
ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها
وسائر الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس
لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا لدين مكاتبه اذا كان من
جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسبه
بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس
في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه
متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا
ان السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي لانه
لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به
فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير لان الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما
روي ان عليا جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال رحمه الله ويقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحقوق ● يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت مع الشبهات دون ما يندرئ
بها اذا شهد به عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب
الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو
كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد بكل من عليه ان يكون
خصما فان كان الاول بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا
بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم
المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ
وان لم يكن رأيه خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافق نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقوله
يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي كونه

من معلوم الى معلوم فى معلوم لمعلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله تعالى قوله وجوازه مع المنافي
بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو
تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز
الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد بالاتحاد في مناط
الاستحسان قوله يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما
كان بمنزلته قوله وهو يعرف اى الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلاثة اشياء الى ان الدين انما يجوز
فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب
والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين فانها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بان ما
سوى الدين محتاج اليها فان الشاهد محتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من
الجانبين وكذلك في الاباق فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في
ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح
والامانة ونحو ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى المديون والمدعو لا بد منها عند دعوى الدين
وليس ذلك بمانع بالاجماع قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد
وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد ولهذا لم
يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون
الاماء فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فيمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة
فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اى عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها من الكتب
المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي وصفة ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه
سمرقندي وشهود المولى ببخارا فطلب من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده بحيث الى
ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم
بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويسلمهما الى سمرقند فاذا
انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده على الكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما
ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد
ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة و
يكتب كتابا الى قاضي بخارا ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا
وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا
شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف
ان قاضي بخارا لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما ثبت
عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه
فاذا وصل الكتاب اليه فعل ذلك وبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي

لا يدفع

لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها مع امين على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما
انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا
ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة يشتبهان
فان المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل
ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول قال رحمه الله ولا
يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين • لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل
وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط
بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان
الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المصنف
بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير
بينة حتى لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي
الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا يرى
انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان
رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس
يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما
في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع
التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وصل من
موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل
في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال
رحمه الله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه • شرط ابو حنيفة ومحمد علمهما في الكتاب
وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه او
يعلمهم به لانهم اذا لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم
وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفعوا اليهم كتابا آخر
غير مختوم ليكون معهم معاونا على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب
عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه
فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا
سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة واختار
شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال رحمه الله واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم • لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب
شرع في بيان المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك

بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضر الخصم فكذلك ههنا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه
جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبة وقال في شرح الاقطع
قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك
يقع بما علمه من الكتاب فلا يعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال رحمه الله فاذا سلمه الشهود
اليه ه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه هذا كتاب فلان القاضي
سلمه الينا في مجلس حكمه وقراءه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه ولو انه لم يشهدوا بشيئا
من ذلك وقال لم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فان شهدوا وعدلوا قال المصنف
والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج
المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان
القاضي وختمه فاما اذا فك الختم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج
الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر واما اذا لم تكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز
فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح
بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم فلا بد لهم من الشهادة على الختم وبذا يجعل الفتح غير ممكن وقد
استدل على ذلك بان فك الختم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل بها لم يظهر عدالة الشهود على
الكتاب وفيه نظر لان فك الختام عمل الكتاب لا به ولعل الاصح ما قال احمد من تجويز الفتح عند شهادة
الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المغني والكتب
اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون
او عمى او فسق اذا قلنا هو ينعزل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول
قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف اولا لا يعمل به وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي
بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه
والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء لا
يمتنع القضاء ولنا ان القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء
بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا
النقل بسماع البينة كما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لانه تمامه بوجوب القضاء
على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فيبطل كما في سائر الاقضية كما
اذا مات القاضي قبل تمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لم يقبل
اخباره قاضيا في غير عمله او في غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او في الخروج عن
الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى
وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج
من الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء

كمالو

كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد علمه وعلم الاول
وامانته والقضاة متفاوتة في اداء الامانة فصار كتخصيص الامناء في الاموال وهنا لو قدر لسعى
على كل احد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان
قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى
معلوم ثم صرح بغيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا يصححه لانه من
معلوم الى المجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء
وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء
كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص
وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم
فصل آخر ه قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل بقضاؤه
يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الراي له في
التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى احتياج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا
الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قولهم
آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا
فصلا آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال رحمه الله
ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء
الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء
يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء
فهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من
قبل بخصوصها من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما
وشهادتها كذلك لانها كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على
القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء
فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان
يستخلف لان اداء الجمعة على عرض الفوات لتوقتها بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به
من الخليفة اذنا له بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط
افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لانه
المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في
هذه الحالة ولم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن
شهد الخطبة وادى الا ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلوة او لم يختل قوله ولا كذلك

القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن اذن بالجمعة
مع علمه انه يعرض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرضنا
انه استخلف وقضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز لما
كان من اهل القضاء كما في الوكالة حيث ان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول جاز
الاول جاز وقوله لانه حضره رأي الاول حصل دليله للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة
بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعلمه والحكم الذي حضره القاضي او اجازه
قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الاذن في
الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل
من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضاء
الخليفة بتولية القاضي مقيدا به قوله واذا فوض اليه ملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت
كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من
جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا اذا فوض له واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا
بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى ما فوض اليه فان قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان
امره بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف اليه ذلك واستبدل من شئت كان امره بهما فكما ان له القضاء
فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة
هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا
منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان اوان
وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي
فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء
ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد ينقل ما لا ينقله الوكيل والوصي
فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا
تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه اذا لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك
التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة المشهورة كالحكم
بحل المطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت
بحديث العسيلة وقد ذكرناها في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في
المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين بمضي
لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء
فكانه يقول لعدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب ان يكون قولا بلا دليل وفي الجامع
الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه
فائدتان احدهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه
بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بقوله

يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او
مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه اولى ورواية القدوري ساكتة عن القيدين
جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى
فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول فان كلا منهما يحتمل
الخطأ وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به
ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصل ويمكن
ان يجاب بمنع ان الفرع لا يصلح مرجحا للاصل من حيث هو منه او مطلقا والثاني ممنوع فانه
يجوز ان يكون مرجحا للاصل من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ
الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه وبينهما فرع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه
ويؤيده ما روي عن عمر انه لما شغله اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين
ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر لو كنت قضيت
لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هذا نص لقضيت لك ولكن
هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند
ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسفي ايضا بطريق الاولى
انه ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهدا فيه وهو كذلك فالحكم فيه نافذ كعامة المجتهدات ووجه
عدمه انه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد لا ينفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل بزعمه قال المصنف وعليها الفتوى **قال**
ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين
المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيها ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع
فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقضه لانه
باطل وضلال والباطل لا يجوز عليها الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه حكما
ثم فاذا نقض فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد
وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة
الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من
النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب
فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها ما ذكرنا والمراد بالاجماع
عليه مما اجتمع عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك
خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليها الاكثر كان حكما على خلاف الاجماع نقضه
من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده
ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يساعده وانكروا عليه فاذا
حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد

الاجماع بدونه كقول ابن عباس في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فانه حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاول غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء فوكم والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى الحاكم لم ير بذلك كان له ان ينقضه

قال رحمه الله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه • كل ما قضى به القاضي بتحريم في الظاهر اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط ان تكون الدعوى بسبب معين كنكاح وبيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري بان قال اشتريتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطيها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بمحضر من تصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل مما يتغابن فيه الناس ولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود ولانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور فقضى القاضي حل للبائع وطيها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم الزوج الاول انه طلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الاخير يحل وطيها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم

قال رحمه الله ولا يقضي القاضي على غائب • القضاء على الغائب ولا عنه لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز وان لا يجوز في الاصح لانه في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره

بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب للقاضي العمل بمقتضاها وانما ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قيل قد علمتم ان الشهادة دون الانكار اذا الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا للظلم اذا ادعى وبسكوته تو قيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه لان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حال الاقرار لان الخبر صادق ظاهر الوجود لما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا انما كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال لو وقع الحكم على حضور الخصم عند مضيه بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فلا يكون الجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يدفع قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة وقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوايد فولي ولانه يحتمل الاقرار الجائز بدليل آخر على الطلب والضمير الثاني ويحتمل ان يتنازع ويشتبه في وجه القضاء واصل الثاني ومعناه ان الغائب يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملها من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامها مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فظهر بها ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا على جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا ترجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي فانه لم يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبنا عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو متروك الظاهر لان الخصم لو اقر ليس على المدعي اقامة البينة وليس محل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب او لا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بانه صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا بما انها لم تقم البينة قوله وان انكر ثم غاب فلا كذلك يعني

لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار ولكن اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان
الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقوله
سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد
غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات قال رحمه الله
ومن يقوم مقامه • لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا بحضرة من يقوم مقامه بين ذلك واعلم
ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل
هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون
ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لا محالة سواء
كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار
داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو
الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة او شيئين مختلفين
كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب
فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئان
المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب للمدعى على الحاضر لا محالة لان الشهادة
لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب
لان المدعى شيء واحد في الاول وكشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فان حضر الغائب وانكر لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض للسببية
واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين مختلفين فلم يتعرض لحصول المقصود بالسبب اللازم
فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت
دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك
فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها
في قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة
البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده
فان الطلاق متى تحقق قبل الوكالة قصر يد الوكيل بانه لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يرى رجل
[illegible] انه وكيل بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر في وقت دون
فقلنا بنقض قصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلنا يعني
بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ما يدعى به على الغائب شرطا لحق ما يدعى
المدعى على الحاضر كما قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأته ان الحالف طلق امرأته فلانة
امرأته واقامت على ذلك بينة قال المصنف لا ينتصب فيه خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ
لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الأئمة
الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لانه يدعي المدعى حقا على

السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيما ذكرتم كونه من الجانبين
لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود واخره المصنف للتنبيه
من جهة القاضي وهو من ينصب وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي
لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احد الروايتين فيه
فكان اختياره قال رحمه الله ويقرض القاضي اموال اليتامى • للقاضي ان يقرض اموال الايتام
ويكتب الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراضه لهم مصلحتهم لبقائها محفوظة مضمونة
القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك
فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى
بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ
ويندفع النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرضها فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا حاصلين
بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة
تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي
وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرض ممن يأمن جحوده وان اقرضه الاب قرضا لنفسه قالوا
يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة ليس له ذلك والله اعلم

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضايا وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى رتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي
بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله
وحكما من اهلها والصحابة كانوا مجتمعين على جواز التحكيم قال رحمه الله واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا
بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا
لان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما
نحو التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون
التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة
والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له
اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما لا يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قال رحمه الله
ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد • قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يصلح
حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكم المسلمون وان حكم اهل الذمة جاز لانه من اهل
بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح [illegible]
فلا تحكيم والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي
لعدم اهلية الشهادة فيهما ولو اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق
لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما
لا ان اتفقا على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد لبقائه من وجودهما

واما عدم فلا يحتاج الى عدمهما بل ينعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يحتاج الى اخراج الابا لقيامهما ايضا فان قيل اخراج احدهما سعى في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعدم الحل ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم لصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكم الحاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه ثم يحكم الآ بذلك فلا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفايدة امضايه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكمه بنفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يرده قال رحمه الله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص اي لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفايها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف قوله وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسالة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا وان حكماه في دم خطاء لا ينفذ له في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ومخالفا للنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سياتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم ويثبت ذلك بالاقرار والنكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطا لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول احدهما

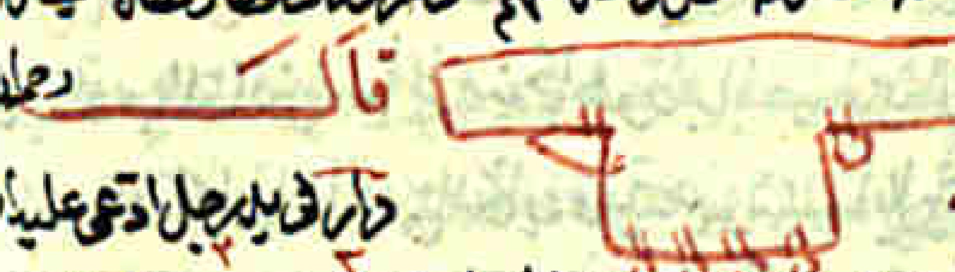
اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضايه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضا والشهادة لهولاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا يحرم القضا في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برايهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدق قاضٍ على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كساير الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسايل شتى من كتاب القضاء مسايل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في اواخر كتاب ادب القاضي مسايل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في اواخر الكتاب مسايل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسايل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بان ذكر بعدها القضا بالمواريث والرجوع وانه جدير بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة يعني بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضى صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا يجوز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان ابا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر متفقا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس كذلك بتفسيره وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بمعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما تظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق يقين والشك لا يزول به اليقين والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما في حق المرتهن والمستاجر والمالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بمعارض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع استظهارا على المنع لا فادة ما قبل ذلك قال رحمه الله واذا كانت زايغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة تتشعب عن يمينها او يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة

لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فلما هذا الامر بانه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة الاسفل ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة على دون لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع جداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاء دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لانه بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا طال ذلك وتقادم العهد ربما يدعي حق المرور في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزايغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزايغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيح فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزايغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابا في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يثبت لهم حق الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة



قال رحمه الله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها جاز الصلح دار في يد رجل ادعى عليه آخر انه له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية حقيقة شرط صحة الدعوى الا يرى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يجوز دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه لا جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صحت دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لم يجز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكن ازالة الفساد باعلام معلوم حتى اذا جاء بلا علم يكون رده معقولا قال رحمه الله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال المدعي البينة تشهد على الشراء لاني طلبتها منه فجحدني الهبة فاضطررت الى الشراء منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قايلا وهبني

هذه الدار وكانت ملكا له بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبلها اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وفي النسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال رحمه الله ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان نفيا فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين فقيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كالعزم على شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف في الجواب فقال ولمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه تبين فوجه ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل آخر وهو ان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضى البائع وفوات يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال رحمه الله ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان متصلا او موصولا لان على ذلك الكلام ثم في والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ جامع الصغير وقع فيعرفهم قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد

والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز بها فيما
لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا
وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد
حملا لحاله على انه الحق قبضه لاما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع
فكذا هذا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة وقوله حملا لحاله
على ان الحق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما ليس
على حقه وان لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه
الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف
لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد او بحقه او بالثمن او بقبضه
او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا
في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام
دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى
عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري
اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان
من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع
بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بقبض
الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق
مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت ما لي عليه او حقي عليه يحمل اقرارا
بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيجوز
كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على
حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة
وذلك باطل كما لو قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكر موصولا
كذا هنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه
ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب
النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في اول كتاب الاقرار ما يدل على انه ان
ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة
اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك فهو في الستوقة اولى وكان الاعتراض
وقع للذهول عن التفوق في كلام المصنف فانه ظاهر فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى
فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل
يقبل موصولا او لا لم يصرح بذلك اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل
موصولا وذكر اصحاب الجانبين فهم الجانبان لا في بقية الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف

فانه

فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول
انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير اذ صح ذلك
عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وتعليله بان استثناء
الدينار قد لا ينصرف الى الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بان يزيفه
بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردى من الزيوف والستوقة ما يغلب عليه الغش
قيل هو معرب سه تو وهي اردى من النبهرج حتى خرج من جنس الدراهم قال رحمه الله
ومن قال لآخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله
فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته اولا والاول يرتد بتكذيب المقر له مستقلا بذلك كما ان
المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى الحجة او تصديق خصم فعلى هذا اذا قال الآخر لك علي الف درهم
فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان الاقرار بما
يحتمل الابطال وهو يستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك
الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر
ثانيا لزمه المال استحسانا وان قال اشتريت مني هذا العبد فانكر ان يصدقه بعد ذلك لان
الاقرار وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لا يستقل باثباته فلا ينفرد احد المتعاقدين بالفسخ
كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد بالاثبات والمعنى انه حقهما
فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد
قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار لان الفسخ قد تم
ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب
عن ذلك فان العزم والتعلل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكره في الهداية ان احد
العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع
فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا
لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا اقر
بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة
رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك
قال رحمه الله ومن ادعى على آخر الفا اذا ادعى على آخر الفا فقال ما كان لك علي
شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على الف
واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها
لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى
صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى
انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك
علي شيء والمسألة بحالها لان التوفيق اظهر لانه ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى

والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل دعواه الحال لم يتصور تناقض اصلا قالوا دلت المسئلة
على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل
دعوى القصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما انجحد عليه اقام المدعى عليه
بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكر ثم اقام
البينة على قبضها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت
ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك مخالطة والمسئلة
بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ
واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا
يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يوذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه
ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال
بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء وهذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق
بلا معرفة **قال** رحمه الله ومن ادعى على آخر انه باعه جارية هذه ۵ ومن ادعى
على آخر انه باعه جارية هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء
فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف في
اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من
صورة الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى
فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته
ان يبريني عن العيب فابرأ في وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف
السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصور
وهو قد انكره فكان متناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر
قال رحمه الله ذكر حق كتب في اسفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق
فله ولاية ذلك ان شاء الله او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه
وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله فعلى فلان
خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم استثناء والاستثناء ينصرف
الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن هو
خلفه باطلا ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض
الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق وعطفها او اذا لم يكتب
فاكره ان شاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد
اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل فيما نحن فيه كشيء واحد

بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله
فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتبا الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال
في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل
السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشرط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له
بالخصومة معه على قول ابي حنيفة رح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة
وكونه توكيلا بمجهول لا يضر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما
يلحقه من زيادة الضرر تبعا وتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق
مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير
رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة
عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما
يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع **قال** رحمه الله واذا مات النصراني فجاءت امرأته
مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته
في وقت آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود
والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجة
دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث
بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف
الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال الذي باستصحاب الحال كما في جريان
ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي المدة فانه يحكم الحال ان كان الماء جاريا في الحال
كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر وقوله وهذا يعني
تحكيم الحال والحال الظاهر معتبرة لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو ايضا معنى زفر يعتبره لكنه استحقاقا
وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث
الاضافة الى اقرب الاوقات ويمكن ان يجاب ذلك ايضا ظاهر والظاهر لمستصحبا ما كان او غيره
لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة
نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول
قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيم الحال لا يصلح حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه
وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى
ان في كل مسئلة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانية المرأة النصرانية كانت
ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان
يبقى هو النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو
النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبر

الثاني لا يكون دافعا فكان القول قولهم وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام
حادث فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت والنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون
ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعا
والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله ونشهد لهم دليل آخر وهو أن الإسلام
حادث وللحادث يضاف إلى أقرب الأوقات فإن قيل إن كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان
ظاهرا في المسألة الأولى معارضا للاستصحاب ويحتاج إلى المرجح والأصل عدمه فالجواب
أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات وزمن يعتبره للإثبات ونوقض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم
على الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالأجر على المستأجر إذا
كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر والجواب أنه استدلال به
لدفع ما يدعي المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر وأما ثبوت الأجر فإنه
بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر بهذا واستغن عما في النهاية من التطويل

قال رحمه الله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم رجل مات وله في يد رجل
أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه
المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا
أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون إقرارا على مال الغير فإن قيل
لا يقول كان الواجب في المسألة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار
ما يوجب قيامه فيه كحاجته إليه كالدين وغيره فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب أن
استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به
فإذا امتنع من الوديعة حتى هلكت هل يضمن أو لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأن
المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع ومن المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وإن سلمها
هل له أن يستردها قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون إذا
أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير بل الإقرار فيه على نفسه لأن
الديون تقضى بأمثالها ولو أقر المودع بعد ما أقر للأول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت فأنكره الأول
قال ليس له ابن غيري يقضى بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن
المال فالإقرار الثاني يكون إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر
للأول لم يكذبه أحد فصح إقراره وحين أقر للثاني كذبه الأول فلا يصح واعترض بأن تكذيبه غيره
ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول وأجاب بالتزام ذلك إذا دفع
للجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي جميعا أقر لغير من أقر له القاضي وقد تقدم في
أدب القاضي وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الإقرار

قال رحمه الله وإذا قسم الميراث بين الغرماء إذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر

كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له فإما أن يقيموها أو لا فإن كان الثاني وكان أقام على ذلك بينة فهي
على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا لو تركها ميراثا للورثة ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا
يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم و
القضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم
بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أن شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا
على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فإن القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى
وقدره الطحاوي بسنة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وإن لم يحضر دفع الدار إليه
إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالأب والابن فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه
وإن كان ممن يحجب نقصا كالزوجة والزوج يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد
وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف وقول أبي حنيفة مضطرب بخلاف ما كان ممن لا يحجب ودفعت الدار
إليه قيل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه قال أبو حنيفة لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم أراد به ابن أبي
ليلى وقالا لم ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة لهما أن القاضي
ناظر للغيب والظاهر بترك الاحتياط والاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه كما إذا
دفع القاضي العبد الآبق واللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلا وكما أعطى
نفقة امرأة الغائب إذا استحقت في غيبته وله عند إنسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح
فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولأبي حنيفة أن حق الظاهر ثابت قطعا أنه لم يكن له وارث
آخر بيقين أو ظاهرا إذ كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل
بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم
كمن أثبت الشراء من ذي اليد على العبد حتى يبيع فيه فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي
من غير كفيل وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر
لحق موهوم إلى زمان التكفيل قوله ولأن المكفول له مجهول دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما
تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد
الغرماء فإن قيل إذا أقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب
بأنه إذا أقر به لم يتعلق فيه ملك ولم يثبت المقر له بحجة كاملة وكان مظنة أن يخرج مالكا لا محالة وأقل
ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له وفعل التمرتاشي جنح إلى أنه ثبت ههنا إشكالا آخر
الحاكم بأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة بحكم ومن الميت
غير متصورة وعوض عنه بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع على ما مر وفي ذلك تأخير
حق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس
لحق الموهوم بل لما هو أو بفعل القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر
في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فإن هذه الزيادة
من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك

والملوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك فصحت وليس ثم طلب شي لا بد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهدا به من المسايل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما ياخذه الحاكم من المال المودع للزوجة والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي ان دفع العبد باقرار المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع قوله وقوله هو قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكر تحصيلا للمذكور بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطي ويصيب ويبين لنا مذهب اصحابنا المتقدمين نبرى عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعا ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله مستوفى **قال** رحمه الله واذا كانت الدار في يد رجل • دار في يد رجل اقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد ذي اليد ولا يستوثق منه بكفيل وهذا اي ترك النصف الاخر في يد من في يده عند ابي حنيفة واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا ان كان الذي في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الاخر وجعل في يد امين والا ترك في يده لان الجاحد خاين والخاين لا يترك المال العين في يده والمتولي يختص ان يترك المال بيده ولابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا يقتضي منه ديونه وتنفيذ وصاياه ومن وقع له القضا يعتبر فيمن المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت عينا عن ذلك فينقض به يد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي ولفظ الاحتمال ذلك بتقييد المطلق فاكتفي بما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده لذلك قوله وجحوده جواب عما ذكراه وجحده ان الخيانة بالجحود انما تكون باعتبار ماضي او ما سياتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فلا ذا لازم والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي وللن بيده ذلك وكتب في الخريطة فالظاهر انه لا يجحد في المستقبل العلم بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما الحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع فيه ابلغ اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس محصنا بنفسه لقبوله الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف فيه لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا نزع الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف عليهم ولاية الحفظ وهذا من باب وص المشايخ منقال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بنا على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فان

ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضع على القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من في يده ربما يتصرف فيه لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطايفة من الناس وكتابته في الخريطة وذكر ان ثانيه مقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله وانما لا يوخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والكفيل يطالبه به فتنشا الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل قد ثبت ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن المنضم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا للشي كان منشيا له هذا خلف قوله واذا حضر الغايب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال لا بد لذلك على قياس قول ابي حنيفة في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على ان قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نايبا عن غيره ولقايل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونايبا عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه وجواب ان السايل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله وصار كما اذا قامت البينة اي بدين للميت او عليه كما ذكرنا بيان لقوله ولصلح من الورثة يصلح خليفة عنه وتقرير ما مر وقوله الا انه استثنا من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الورثة ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضا على ما في يده **قال** رحمه الله ومن قال مالي في المساكين صدقة • رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوايم واموال التجارة بلغ النصاب اولا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شي والقياس الاول ايضا ان يتم على كل شي كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول

وان لم يجب الزكاة هو

المجيء وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به
لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضافا الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد
ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة
وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلاة لانه لانتظار اوقات الصلاة ولهذا
بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة
من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية
قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو
مال الزكاة لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة
اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر
عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال
التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول
ابي حنيفة مع محمد لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة
عنده فصارت مثل عبيد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لانه حق
المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكويا او
غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق
على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال
واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكاة ايضا اظهارا للزيادة عمومه فان قيل الصدقة بالمال
مقيدة في الشرع باموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية لايجاب بانه
المقيد بايجاب الشرع وهو يختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وقيل
نظرا لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما
املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي
لان الملتزم باللفظتين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكرنا من وجه
الاستحسان بقوله لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله
ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد
قررناه من قبل فان رجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان
هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس
من يومه ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال
الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان بيده فضلا الى ما ينفق يوما فيوما
وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان يمسك لشهر لان بيده تصل الغلة
ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان بيد الدهاقين تصل اليه ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة
يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وقد اورد مسألة الكتاب فيها مع فيه من فصل القضاء في المواريث نظرا

باعتبار

باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي اخت الميراث قال رحمه الله ومن اوصى اليه
ولم يعلم وجه ايراد مسألة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفا ومن اوصى اليه
ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز وان وكل ولم يعلم بالوكالة
حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان وصفا الانابة اي النيابة بجامع
فان الايصاء انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي
قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان
النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث
فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو
توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال
لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب
بانه على الروايتين ووجه الفرق على احدى الروايتين انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا
وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احداهما صح تصرفه وان لم يعلم
بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه
من الناس بذلك سواء كان بالغا عاقلا عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان ممن يجوز تصرفه
لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول
الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي
حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق
كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب
يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة
من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه
من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين
علا في الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك بخلاف
رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ
ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف حيث الذي ذكره
بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطريها فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها
ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ
عليها والمصنف ترك منها مسألة اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب
المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدق
العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم المرسل
كما مر وهذه المسألة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او رجل
عدل فتصرف فيه بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى

الاختلاف عنده لا يكون اختيارا لأحد قوليهما واولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان
او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف
وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيها الشفيع اذا اخبره
اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق او كذبه فعلى الاختلاف والسادسة
اذا بلغ البكر تزوج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق
فعلى الاختلاف قال رحمه الله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء. اذا باع القاضي
او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد
وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يلحقه ضمان كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فكذا
يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري
على الغرماء وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع
المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه
نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته
وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم
وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا خلاف يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال
ففيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك
لانه انما ضمن من حيث ان العقد له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم
لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل آخر** جمع في هذا الفصل
مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بحكم القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل
وبعده مقبول ام لا **قال** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال
لا تأخذ بقوله ما لم تعاين الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك
غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال القضاة في زماننا وهو يقتضي ان لا يقبل كتاب القاضي
الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لانه لو تولى يتمكن من
انشاء القضاء ومن يملك الانشاء يملك الاخبار به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك
بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول عين النزاع غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من
اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار وقد قالوا به اذا كان القاضي عدلا عالما وعلى هذا تاتي الاقسام
العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ والخيانة
لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه

لبقاء

تهمة الخطأ فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت
المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة
فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله
غير الدليل دليلا والشبهة غير دالة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين
سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق **قال** واذا عزل القاضي فقال
لرجل. لما فرغ عن بيان ما اخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا
اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسنده الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما
قال فالكلام فيه او يكذبه في حقيه ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان
الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل اخذت
منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ
منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا
انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد
له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل
امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي
لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره ما ليس بصحيح كما اذا كان دفع المال
الا الآخر معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا
في حال القضاء وان قال الآخر لا بل فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا
للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما تران حالة القضاء تنافي الضمان
بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار كما اذا اسند الطلاق الى حالة عهدت منه الجنون فانه اذا قال
طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق
لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول
قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في ماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله
موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه فانه ان الاولى فعله تصادقا انه
وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن قال في بعض نسخ
الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي
ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا من ابطال سبب الضمان
على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يقال ان الآخذ والقاطع في الصورة الثانية
اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة
لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي
وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول
في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه

المأخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الاخذ اقر ان اليد كانت
للآخذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد
والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقب
كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى الشهادة الشهود عند انكار الخصم
ومن محاسن الشهادة بالحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله قال
من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها
مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق
في مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج
الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب
تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار
في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم
المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي
والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس
لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن شرط العدالة لترجح جانب الصدق وورد النصوص بانها
جعلت موجبة **قال** الشهادة فرض تلزم الشهود اذا الشهادة فرض تلزم الشهود
بحيث لا يسعهم كتمانها اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده
وشرع بمطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما
دعوا اي ليتحملوا الشهادة او ليؤدوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه وهو بظاهره يدل على
النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره
يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت
النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان اللاكتمان ثابتا
وهو ليس الا الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ولم يجب لا يثبت فكان الاظهار بالاداء
واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان
فيصير امرا به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب بل عرف
في اصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما
اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي وعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب
عليه الشهادة ولا طلب ثم واجيب بان الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب
ايجابا بالحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد عرفت ان طلب المدعي
سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل
على ان طلبه شرط وهو غير السبب لانه معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي
فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت انما يجعله شرطا وقوله ولا يأب الشهداء

ولاتكتموا

ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع ما يدل على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلاة
لدلوك الشمس **قال** والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار
الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام على الحق وبين ان
يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي
شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله
صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله
عليه وسلم واصحابه فانه يدل دلالة ظاهرة على افضلية الستر قيل الاخبار معارضة لاطلاق الحكاية عمهما
نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على الحد لانه لترك الحد فيها وردت بانه
الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال الخبر المشتهر كما فيما نقل عن النبي صلى الله عليه
وسلم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجاز الزيادة به وقيل ان الخبر الواحد ورد فيما عن و
حكاية حس هو فتجوز الزيادة به وفيه نظر لان غرض حكاية ما عن لا يستلزم شهرة الخبر الوارد فيها
بالشين واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن
العالمين وليس ثم خوف فوات الحق فيبقى صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك فقوله الا انه
يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة
في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على
الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر
الكل ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني
على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة **قال** الشهادة
على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فيها الشهادة بالزنا يعتبر
فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة واما الاسلام
والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فلاظهار
معنى ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة النساء لحديث
الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد فيهما من قوله
صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام
شهادة الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى
فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل
مع امكان الاصل كما في الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين
واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب
والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين

من حاكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة
والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج عما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهادة النساء عن الزهري
ان يكون حجة يا عما يقال لها لانه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتين
فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولهذا وجب فمن عدم قبولها لما ذكرنا من حديث
الزهري وشبهة البدلية فشهادتين فان قلت ما سلك الحديث من الآية هو التخصيص ام نسخ قلت
مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص او يثبت المقارنة او النسخ وقول
الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصحابة بالقبول
فكان مشهورا يجوز الزيادة به **قال** وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى الحدود
من بقية الحقوق سواء كان مالا او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير
المال ونحو ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي لا تقبل
شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار
واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية
فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا يقبل في الحدود ولا يقبل شهادة الاربع
منهن وحدهن الا انها استثنيت من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة
وقوعها ودون خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا او اقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام
والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول
لوجود ما يبنى عليه اهلية الشهادة وهي المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت
الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار
ولقائل ان يقول ما ذكرتم مما يبنى عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول
لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليس بعلة بذلك اجماعا
ولا الى الثاني لان كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب
ان اهلية الشهادة صفة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة
والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة لها لا لاهلية بقبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية
الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وفات احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط
او الاداء اذا ادى بغير لفظة الشهادة لم يقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها
وهو القبول وعلى هذا تعذر في كلام المصنف مضاف اي اهلية قبول الشهادة قوله ونقصان الضبط
جواب عن قول الشافعي وهو واختلال الضبط وتوجيهه انه لا يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى
اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها وهذه
الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل واما
الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك آية
ثبوتها مع الشبهة فلذلك ثبتت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا

عن قوله

عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما
هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى
العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو
مناط التكليف والثالثة ان يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب
ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد
وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بالمشاهدة فانهن في تحصيل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات وبالبديهيات ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون
تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل
بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتأمل
قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا يقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول
ذلك ايضا لكنه ترك لئلا يكثر خروجهن **قال** ويقبل في الولادة والبكارة
اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال لا يقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب
النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود
ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط
الاربع بناء على كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة قوله ولانه دليل معقول لنا
ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان النظر الى الجنس اخف وفي اسقاط العدد
تخفيف النظر فيصار اليها لان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا
التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحد لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث
احوط من نظر الواحدة والجواب انه قال بخفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام
يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب وبالجواز احتياطا ثم حكم شهادة امرأة واحدة
في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت
بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال
لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق
وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول
امرأة وعندهما تشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهرا او مبيعة لابد
من نظر النساء اليها للحاجة الى الفصل للخصومة بينهما فان نظرن اليها وشهدن فاما ان يثبت حكم الثيبة
بموجبها اولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان يضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا
اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت

بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولمقتضى البيع
وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن
ضعيفة لم يتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد
بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع
عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن في
حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات قيامه في
الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل فان قلن انها ثيب ثبت العيب
في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما
شهادتهن على استهلال الصبي فهي في حق الارث عند ابي حنيفة غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي
عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لانها
من امور الدين وشهادتهن فيه حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة
لانه صوت عند الولادة والرجال لا تحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب
ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا يعتبر بشهادتهن ونفس الولادة هي
انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء قال ولا بد في ذلك
كله من العدالة • لا بد في المال وغيره مع ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل
اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار عن الصغائر ولفظة الشهادة
حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت اما
العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية
وما سواها معدات لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة اي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها
لغتان يقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة
الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق وقد امرنا بخلاف ذلك قال صلى الله
عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق
صح عندنا واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى
واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لانها للاخبار عن المشاهدة ولان قوله اشهد
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وهو المقصود بخلاف لفظة التكبير في
الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديله بما هو صريح فيه وقوله في ذلك يريد بما وقع في المختصر من قوله
ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة
وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما تقدم ان فيه معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية

والاسلام

والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا
اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على
ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو
الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا
يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع
وبيانه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر
لان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور او يتسلسل ويجوز ان
يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار الخصم
تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان
دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء من قولهم ولا يسال حتى يطعن الخصم الا في
الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود فانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها
ولان الشبهة فيها دارئة فيسال عنهم عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول سال
عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم
لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة
العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود
عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب
منهم عدولا وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ابو حنيفة ذلك لقال
بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية في السر اعلم ان
التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث القاضي المستورة وهي الرقعة
التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بذلك لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل
مكتوبا فيها النسب والحلي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى
اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة
بالناس بالاختلاط بهم يعرف المعدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا لئلا يتوهم خداعه الا المقبحها
يعرفه بالجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب
القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم
الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم
يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها العدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا
كيلا يظهر فيخدع او يقصد بالخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي
عدلته يشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسب وقد

كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى
عن الجرح لعدم معاملتهم للجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
للجارح بالاذى وروي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للمعدل ان يقول هو عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المصنف
وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي
عن الاسلام وحريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على
قول من يقول بالسؤال لا على قول نفسه لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا وقيل
اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند
محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا
او مستورا او سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل
لان العدالة شرط في المزكي عند الكل وفي ظاهر الرواية انه في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب
في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل
الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان معتبرا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب
ان المصنف قال موضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه
نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد في الغير للتهمة والجواب
انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطأ والنسيان فاني يكون اقرارا قال
واذا كان رسول القاضي اذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز
والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شروح الجامع الصغير
ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول
القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القاضي على ظهور التزكية واذا كانت
في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود
والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضاء فلا يشترط فيها ما اشترط فيها حكما ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت
بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان القطع انما يكون
بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم
ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعدى الى التزكية فان قيل فليلحق بها بالدلالة
وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب ان الملحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لانا لا نتفق
فتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لانه لا يشترط
في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما تزكية العلانية
فمن شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية

تنا

تنافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والحكم ما قاله الخصاف
شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر وفيه
اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير
المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فصل لما فرغ من ذكر
مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما يثبت الحكم
بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع
الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب
والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه
وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالمشهود به
ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الا حرف الشرط
واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة
احتياج الاداء اليه قال ويقول اشهد انه باع اذا سمع المبايعة ولم يشهد
عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو
سمع الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي
بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي يشبه النغمة
والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان
يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جاز له
ان يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه
شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم
فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها
لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا
ان يشهده على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا بد
النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل
الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل
بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فالحكم يقضى بالفروع
لكن يجعلهم انما يصح لبيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيحتاج الى النقل
الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد
من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن يتوقف على التحميل مختار هو الى بيان فلو
شككنا فيه ان يقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيها الا ان يشهده

ثم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادة لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله
وانما حمل غيره **قال** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه • الشاهد اذا رأى خطه في
صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمتشبه لا يفيد العلم كما تقدم
قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته
في الرواية لحفظه من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي
عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده
ثابتة في قمطره اي خريطته وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قضية اي
وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي
لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا
جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه
امن من التصرف فيه بمغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه
في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق
بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند ابي حنيفة رضي الله
عنه خلافا لهما **قال** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم
شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية
القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب
وذلك بالعلم اي المشاهدة وكان من باب التقلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه
المشاهدة يكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع
بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع
ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها
الا هم وقد يتعلق بها احكام يبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت
الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم يقبل فيها
الشهادة بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل احد فان قيل هذا
الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب بقوله وانما يجوز
للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو ان يخبره
عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة
فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة
عندهما بخبر عدلين يشترطان يكون الاخبار بلفظ الشهادة عليها قالوا لانها توجب زيادة
علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر وقيل يكتفى في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين

الموت

الموت والاشياء الثلثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها ان يكون
بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة
في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء واما الموت فقلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان
يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي
ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان
فلانا ابن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا ابي قحافة والخطاب ولم يشهد شيئا
من ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك
يطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه رآه في يده لا يقبل لذلك ايضا ولو رأى انسانا
جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام
اياه واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج جاز
له ان يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان
يشهد بالتسامع كما يشهد بان امهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فصل الرؤية اولى
وقيل لا يقبل لانه لما قال لم يعاين ظهر للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني
سمعت لا يقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو
فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال لا اشهد انه فلان لكن مات اخبرنا
بذلك من يثق به جازت شهادته هو الصحيح واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر
الخصاف انه يجوز لانه امر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا فلو عدم قبولها ادى الى الحرج وتعطيل قوله
ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب او لا
نعم ظاهر الرواية محصورة وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه
وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كذا هذا وكذا على الولاء الا ترى
ان الشهادة قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم وان لم ندرك ذلك وعن محمد انها
تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف ان الولاء يبتني على زوال
الملك باليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة
فيه الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل
بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها لا يحل فيه التسامع مطلقا ويدل عليه عبارة
الكتاب وقال بعضهم يقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان اصله هو الذي
يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد او المقبرة او ما اشبههما حتى لو لم يذكروا
ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة **قال** ومن كان في يده شيء • رجل رأى عينا
في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد انه للمدعي لان اليد اقصى
ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كافة في الدلالة

لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المشروع بالاجماع فانها اذا لم يجز يحكم الي انسداد بابها وعن ابي يوسف
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند العجز عنه يصار
الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي ما ذكر من شهادة القلب تفسيرا لاطلاق محمد في
الرواية وهو قوله وسعه ان يشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد باستناد العلم بها الى معاينة اليد وليس كذلك واجيب بان المعاينة
العيان يجوز للشاهد ان يتقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلزم
ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد
ان ياخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري بان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس
سببا للوجوب وقال الشافعي هو دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو المختار لان
اليد متنوعة الى انابة وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم
محتمل الى محتمل لا يزيل الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسألة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما
ان يعاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك وان كان الاول بان
عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له
حل له ان يشهد لان شهادته عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا
حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو عاين الملك بحدوده ينسب
الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لانها
شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا جهالة
المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة
بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها و
تعرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة
بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان
والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار
للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد
والامة وتقريره ان الرجل اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل
له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا
يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو ممن يعبر
عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك
لا يدل على الملك لانهما في ايديهما انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل اذا اقر بالرق
على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان لاخبارهما
عن انفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لظهور
الرق عليهما للمولى في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال

حل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا
على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وهما لا يعبران عن انفسهما فالقول لذي اليد لان
الظاهر يشهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب والعروض بما بينا وهو قوله لانه لا يد لهما على انفسهما
يدفعان بها يد الغير عنهما فانعدم فارق ما في الثياب والله اعلم **باب من تقبل شهادته**
ومن لا تقبل لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة
ومن لا يسمع وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل
رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الكذب والصدق
وحجيته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من
لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد يكون
لمعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بايثار المشهود له على المشهود عليه كالاولاد وقد يكون لخلل في
اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في
القذف قال الله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون **قال** ولا يقبل
شهادة الاعمى لما ان يكون في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان
كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول قبلت عند زفر
وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول
قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار
عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول في الحدود
والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود
لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب انه يعني
لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسياتي جوابه
اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم
بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير ماوف
فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة
نصا كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق
اذا ذكرا نسبه والجواب لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل هو مفتقر
الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في النغمة او التمييز بها
الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة فيهم غنية عن شهادة الاعمى
والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل حاجة القاضي الى
القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثم لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وقوله يمكن التحرز
اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر
من الشهود عجز عن الاشارة فاقام الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى

الى الجواب عما يقال لقد اعتبرتم التهمة ممنوعة للدعوى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطي زوجته
وجاريته فانه لا يجيزهما عن غيرها الا بالتهمة وذلك تناقض وتقريره ذلك انما الاحتراز عنه بايديرها
غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفا المانع فان انتفاه بعض التهمة
بالنسبة والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فخص الحدود
والقصاص فكون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي حنيفة ومحمد لمنع القضا بالعمى الطاري
بعد الادا فهو ان شرط القضا قيام اهلية الشهادة وقت القضا لصيرورة الشهادة حجة عنده
ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او
ارتد بعد الادا قبل القضا لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الادا يمنع القضا
لان المقصود من ادائها القضا وهذه الاشيا تمنع الادا بالاجماع فيمنع القضا والعمى بعد التحمل يمنع
الادا عندهما فيمنع القضا وعند ابي يوسف لا يمنع القضا فيه بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا حيث تم
لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضا شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضا لا يمنع القضا لا
اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشي يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال
ولا المملوك ● لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان
لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه
الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما
وان معنى قوله لهم اي للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد
الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه
بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل بخلاف المحدود في غير القذف جوابا عما يقال المحدود في القذف
فاسق بقوله تعالى فاولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف
ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف وان
اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له
بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا الا التبين عن القبول وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب
لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التايب والاستثنا ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون
وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلب ليصح كان
قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يابا ضمير الفصل فانه يفيد حصر المسند اليه في الاخر
وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل
سلمناه لكنه كان ذا كحد افلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو ينافي ظاهره سلمناه لكنه كان ابدا
مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثنا
منقطعا اولى دفعا للمحذورات وتمام الكلام على هذا المبحث يقتضي طول [illegible]
لان الغا سارة قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار

فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان الكافر شهادة على مثله ومن لم ذلك وحد في القذف كان
رد شهادته من تمام حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها
والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اصلا حال الحد فكان بعد العتق فجعل
ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد
اذا حد في القذف حيث جعل القذف قايما في حقه لحصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا
قايما لحصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع
الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض
على كلام المصنف بانه لا فايدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد
الشهادة ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم
فحد في حال الاسلام لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام ثم قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام وقبل
والجواب ان فايدة تطبيق المسئلتين على عروض ما يعرض بعد الحد من وقوع الاختلاف المحوج
الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه قال
ولا شهادة الوالد لولده ● لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها
ولا الزوج لزوجته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره وقيل ما فايدة
قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه
عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع
من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والابا متصلة
ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها توجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او يتمكن
فيه شبهة قال المص المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة
وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت من التنوع لا نبحث له السايل يطلب
معاشه منهم وقيل المراد بالاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الواحد فيستوجب الاجر بمنافعه فاذا
كان كذلك يستوجب الاجر منافعه في مدة اداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو المستحق
يراد به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما شهد فيه
ملك ولا حق ولا شبهة استيفا بسبب اتصال المنافع ولهذا اجاز شهادة الاستاد له ووضع
الزكاة لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من الشكلين حجة تترك به القياس واما شهادة الاجير
المشترك فمقبولة لانه مستاجر غير مملوكة لاستاده ولهذا له ان يؤجر نفسه من غيره في مدة الاجارة
قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر ● ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر
وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي بين كل واحد منهما مجتمعة
بنفسها غير متصوفة في ملك الاخر غير متعدية اليه ولهذا يقتص من احدهما للاخر ويحبس

وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخ مع اخيه واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة
احدهما للاخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما ينتفع بنفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بمقصود بل
حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كما في الدائن اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها
تقبل وان كان له فيه نفع حصل له ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع
متصل ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهذا الانتفاع هو المقصود من
الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم
مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به
اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة لا يقال
الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولو كان ذلك الزوجات
قال وشهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولانه شهادة
لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه
لان الحال موقوف مراعى بين ان يقضي العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان
بقضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما
قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكان شهادة
لنفسه ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وفي ذلك بطل
البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء
التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود
والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادة لنفسه من وجه **قال** وتقبل
شهادة الاخ لاخيه • تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد
لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالرديء
من الافعال اي التمكين من اللواطة فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة
ولا مغنية لارتكابها المحرم قطعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت
ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند
اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان رفع
الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيده ههنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعده في
الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من على شرب شيء من الاشربة المحرمة
خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم
بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كانت كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه يقع
على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة فهو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات

بصعود

بصعود سطحه لتطيير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول
الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيع ولا يعرف
من صاحبه لنفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى
عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة اللهو او لا وانما يكتفى عن ذكره بما ذكر من المغنية
لانها كانت على الاطلاق وهذا يفيد كونه للناس حتى لو غنى في نفسه لازالة وحشته لا بأس به عند
عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وعلله بانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد
الصحابة ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على
انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك كله **قال**
ولا من يأتي بابا من الكبائر من اتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته
وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد او قيل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين
وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة
ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد
والشطرنج اذا انضم اليهما احد الثلاثة القمار وتفويت الصلاة بالاشتغال بهما وكثرة الايمان الكاذبة لان هذه
الاشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لان الغالب فيها الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج
في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله عليه السلام
ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا ويجوز ان يكون افراده قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج
فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا
والشافعي يقول بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يخلو
عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة
غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل
الافعال المستحقرة وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى المتقبحة وفي اخرى المستخفة وفي اخرى المستخف
كلها على اسم المفعول سوى المستخف بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف
رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول
والاكل على الطريق لان فيه ترك المروءة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب
فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه
وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل
شهادة من سب اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من تبرأ منهم وفرق بان الطعان
سب لا يأتي به الا الاسقاط السخف وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد دينا وان كان
على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ

من الشهوات وانما سمّوا به لمتابعتهم النفس وهذا الفهم التسنن كالخوارج والروافض فانه
اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق
اثنى عشر فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد اشد
شر منه من حيث التعاطي ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه لذلك فهو يدين به وكان نوع
من القبول تركه ما يكون دينا فصار كمن يشرب المثلث او الشافعي لحل متروك التسمية عامدا معتقدا
اباحته الا الخطابية فانه لا يصح به ترد شهادتهم والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابي
الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر
وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى شيئا منهم على غيره يجب ان يشهد
له بقية شيعته وقيل لحل من حلف عندهم فرد شهادتهم لانهم كافرون وذلك لما قيل ولا رد لتمكن
الشبهة في شهادتهم انه كاذب كما قيل ثانيا ولنا **قال** وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض ش شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى
وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة الا المسلمين
فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض اثبت
الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء والعطف قرينة بل على ما يناسب
المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق
فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة
المرتد لجنسه ولخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على
بعض ورواه جابر بن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل
من هو كذلك فله اهلية الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه كالمسلم
فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس فالجواب ان القياس
في الذمي كذلك لكن ترك في خلاف الجنس لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وعدم
بالاية تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى
الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضاهم عن
شهادة بعضهم على بعض قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق تقريره
الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق
الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين ليس بعيب
دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات مع
علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد
به الاحبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان بعثته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا
ومن بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالكذب منهم تدين ومعتقدون على كون الكذب على احد محظور في دينهم
محظور الاديان كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له على نفسه ولا على

اولاده

اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا يقبل
شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي
على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى
منع لوجود الملزوم وقد ترك الناجز ايا اخر عن هذا السؤال ولانه منقول عليه جواب اخر وتقريره
سلمنا ان علة قبول الشهادة وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تسلط بقهر المسلم
اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في
دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول **قال** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي
لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة
الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصور لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر
في دار الاسلام ولا يتأتى ان يدخل الحربي في دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه
ما هو قتلهم فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لا له ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على
الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار واختلاف الدارين
حكما يقطع الولاية وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو اعلى حالا
منه اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهار
على الاختلاف في تمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون حرف العلة انقطاع الولاية
فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصار
شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة
مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين
فضم ذلك اليه للولاية في بعض الصور دون حكم والاول هو الظاهر فان قلت اما يجوز ان يكون
علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لان لعلها انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده
تامل ويسألك الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا
يلزم ذلك **قال** وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض المستأمنون في دارنا
لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان
الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله
بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن
لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة
لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن
فيقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا وفي اشارته الى ان اهل الذمة
اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف
المستأمنين **قال** وان كانت الحسنات اغلب من السيئات وان كانت الحسنات
اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر ولا يصر على الصغيرة

وكبيرة تعقب بغالب احواله فيتعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو مباح في الشرع اغلب من الالمام
بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق
بسد باب الشهادة المعتبر لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن لان الختانة سنة
عند علمائنا وتركها لسنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ
عدلا بل مسلما وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد فيه نص ولا
اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته لما
روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه شاذ ويقبل
الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضوه
ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يوثر على كونه وكفرهما
عنهما لا يمنع شهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره
كمثله والكاف زائدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك لنفسه ليس
بقادح لانه غير مواخذ بما لم يحدث به نفسه سلمناه لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل
شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وتشهد رجل وامرأة للاحتياط
وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة قال
وشهادة العمال جائزة ● قال فخر الاسلام وعامة المشايخ معنى قوله في الجامع الصغير انه كان
يعني ابا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق كالخراج
وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلة الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يخلون
بهم فعلهما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان يحملهم على الظلم فانه لا يقبل شهادتهم
قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به
الا كان عونا على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما روي عن
ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة
الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل
شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم
افضل الناس عند الله من ياكل كسب يده فلا يوجب جرحا قال واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان ● اذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك
او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى
ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان
الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان
الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة منهم بعود المنفعة اليهم بنصب من يقوم باحياء
حقوقهم او فراغ ذمتهم ولا شهادة لمتهم ووجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها

ما توجب

ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهي ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الموصى
والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من نصبه واهليته
وهاؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين لم يثبتا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة
بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي ان ينصب وصيا ثالثا فكانت الشهادة حجة
عليهما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث
معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به وكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف
الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذا فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها
تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا
ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبتت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ● الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون مما يدخل
تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المجرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ومثاله ان تسميه
فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المجرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة
او اكلوا الربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل
تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني
قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المجرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان
الشاهد فاسقا لهتكه واجب الستر وتعاطيه اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يطعنوا
فيه في العلانية فيسمع منهم الجرح المجرد اجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من
حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تفاديا عن التعادي واحترازا عن اظهار الفاحشة
وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيد ذلك لان يعلم بذلك ان علمه
بذلك لا يحكم بعلمه ايضا قوله الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود
المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا
الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا بان
المدعي استاجر الشهود ولم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بجرح له عن ذلك لانه من
حقوق العباد فيحتاج الخصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام البينة
ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من ماله الذي كان في يده
قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها
على انه صالح الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا
وطالبهم برد المال قلنا بخلاف ما اذا قال ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع وقوله
ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع

لم يذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا لكنه وهو بعيد فكان المناسب ان يقول
وكذلك وهذا سهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه بينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر
او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله
عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعيف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وهو من موضوعات اصول الفقه
واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك
حق الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل ففي هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف
سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر
بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا لابطال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة لشهود
مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة
البينة على ذلك اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو
مقبول ومن علامات عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة
ان الشاهد ابن المدعي او ابوه **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت
بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بنسيان ما يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني
تركت ما يحق علي او اثبت ما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد
اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير
من اهل الخصومة او لا فان كان غير عدل لم ترد شهادته مطلقا اي سواء قال في المجلس او بعده في موضع
الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة وغيره مثل ان يدع لفظة
الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه والاشارة الى احدهما سواء كان
في مجلس القضاء او في غيره وتدارك ترك لفظة الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء
تكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط اما اذا كان في موضع شبهة التلبيس
كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس عند الكل
او لا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يبطل
ذلك بقوله اوهمت وبما يجيء او رد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون
باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يكون ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة
وبعدها قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا
فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعد ما قام عن المجلس
فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماع الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل
ذلك فوجب الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما قال الكرخي
فان الملحق يلتحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة
والنقصان كما ذكرنا وعلى هذا اي على اعتبار المجلس فرعوا التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود او
الشرق مكان الغرب او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر ثم تداركه

قبل

قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس
ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا لكن تقييد ما
فيه شبهة التغرير بالمجلس والله اعلم **باب الاختلاف في الشهادة** تأخير اختلاف
الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب
فأخره وضعا للتناسب **قال** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة
اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل قد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي
مطالبة حق في المجلس من له الخلاص عند ثبوته ومن فقه الشهادة فهو ان يتحد نوعا وكما وكيفا
وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير
وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد
بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى انه شق
زقه وانكر ما فيه وشهد بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد
بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد
بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا
ترى ان المدعي يقول على غريمي هذا والشاهد يقول ادعى على غريمي هذا اشهد بذلك واستدل
المصنف على قبولها لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما
يوافقها وانعدمت فيما يخالفها اما ان تقدمها فيها شرطا لقبولها فلان القاضي نصب لفصل
الخصومات فلا بد منها ولا خصومة الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يجعلها
من التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها
فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء ونوقش من وجهين احدهما انه قال لتقدم الدعوى
شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود
المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى
اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها
وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا
ان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل **قال**
ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموافقة بين شهادة الشاهدين
شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ
والمعنى او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة في المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلفوا في اللفظ من
حيث الترادف لا يضر بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة
واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة وجوزاه
فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم يقبل عنده وقالا يقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي

الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما
اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون
ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما يجيء
ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية يدل على اختلاف المعاني الدال هي
عليها بالضرورة وان شئت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين
لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما
شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال المشهود به كما اذا شهد احدهما بكر
شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ولم توجد
الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجودها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة عن ذلك واجيب بان
اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار
به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم يقبل ولقائل ان يقول قد تقدم
في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد
الشاهد انه بالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووافق
شهادته كما وافق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من
التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى
الابراء او الايفاء ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان
ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثلث
فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر شهد به واحد ولا يثبت به شيء **قال** واذا
شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وكما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة
على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احداهما
على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف
او بمائة ومائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما
حرف عطف فصار مثل الالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى
الاقل وقال لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيب المدعي في المشهود به
فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال لم يقض
بالباقي كما قضى بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعضها اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد
له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار
قوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن لي الا الالف والمسئلة بحالها
لا يقضى له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا يقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذلك التوفيق
فيما يحتمله لا بد منه في الصحيح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة

او ابرأته

او ابرأته منها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت
الشهادة لا تخلو عن ثلاثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق
وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر **قال** واذا شهدا بالف
وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة
قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه
آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على
المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض
العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض
ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يكن متناقضا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان
شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان
بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة ولم يبق الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد
احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا
خالفه ههنا لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما
قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض
بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه
سيأتي قوله وينبغي للشاهد يعني الذي شهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف
حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير
رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ما ذكر قبلها
ان في مسئلة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي
عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له قلنا هذا
الكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة
ومثل ليس بمانع كما لو شهد عليه بمستحق آخر قبل ان يشهد له فاكذبهم وما صار اكذاب المدعي
لشهوده تفسيقا لكونه اختياريا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع
عن نفسه **قال** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف
الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم
النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعني
القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت
الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية **قال**
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على
رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا

كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان تقبل والا فلا وان اختلفا
في الذكورة والانوثة لم تقطع وقالا لا تقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السواد غير سرقة البيضا
فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها
فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه تأمل فقد حصل الاختلاف
فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد
لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقا احد جانبيه
اسود يبصره احدهما والاخر ابيض يشاهده الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف
شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال للاثبات والحد
وهو القطع والحد يحتال للدرء لا للاثبات والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به
فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لو
انه لو كان في اختلاف ما يكلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا
فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق ومسألتنا
التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لان ثبوته بدونه الا ترى انهما لو سكتا عن بيان
لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس
الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان
اختلافهما في صلب الشهادة وعن الثاني بان جواب القياس اعتبار امكان التوفيق ونيل التصريح
بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب
قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه
غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف فيهما لانهما
لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا تشتبه ليحتاج الى التوفيق قال
ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف ● رجل ادعى على اخر انه باع منه هذا العبد بالف او
بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف واخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة
لان المشهود به مختلف لان المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف
الثمن اذ الشرا بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل
لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب
بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان المقصود
ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان ذكر
السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن اولا الفا ثم زاد في الثمن وعرف به احدهما دون الاخر
اجيب بان الشيخ الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا
بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ظاهر الكتاب ان الشرا بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان
الالف والخمسمائة ملتصقين بالشرا واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى

بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن فقوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل
اخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع يعني سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما
لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفا
في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات
العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الادا وذلك مشعر بان
مقصود المولى هو العتق والادا هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة
واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب
على الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الادا والادا لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود
هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق لا يتم قبل الادا والادا لا يتحقق بدون الكتابة
فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لان
ان لا يختار الفسخ ويخاصم لادائي البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد
اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل ولا خفا في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة
الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج
بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف وقال مولى العبد اعتقتك على الف
وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي
الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه يقبل على الالف اذا ادعى
الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الاقل لا يقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين
تعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه يثبت العفو والعتق
والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل
الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضا الدين كانت دعواه غير مفيد فكانت كان لم تكن
وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف غيره بالف
وخمسمائة فيجب ان لا يقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن
عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار
لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فيقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا
وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول
لم يقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان
الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستاجر فان كان الاجر فهو دعوى الدين فيقضي باقل المالين
ان ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فقط لكن ادعى على الاخر الفا وخمسمائة
وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والاخر بالفين
لم يقبل عند ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال
الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان ادعى

ما لا كثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لازم لا يؤخذ منه بلا بينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان
المدعي هو المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد
بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه **قال** فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا
اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة قبلت بالالف عند ابي حنيفة
وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة
لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع
قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف
في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في
الاصل فكان ثابتا قوله والاصل فيه الحل والازدواج دليل فيه وتقريره الاصل في النكاح الحل
والازدواج والملك لان شرعيته كذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط
عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيهما فيثبت الاصل الحكمي ووقع الاختلاف
في التبع وهو المال فيقضى بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين
واجيب بان فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر
فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في
الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن
مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتكذيب
فيه غير مسموع **قال المصنف** ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح
بلا دلالة يستوي وقوله في الصحيح احترازا عما قال بعضهم انه كان كالدين وجب ان يكون
باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد
وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بل يثبت في ضمن العقد فلا يراعى ما هو شرط
في المقصود من دعوى الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان
المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده
ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت
المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد
او المال او المرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على عقد الزوجية هل يوجب
خللا في نفس العقد ولا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما
واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه **فصل في الشهادة على الارث** ذكر احكام الشهادة
المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا
في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج فيها الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا
وارث الميت مات وتركها ميراثا له اولا فقال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك
المورث ملك الوارث لكون الوارث خلفه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك كانت

الشهادة

الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب
عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد
يحتاج الى النقل الا انه يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت ينقلب يد
ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يستوفي اسبابه ويبين ما كان
بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل اليد عند
الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد امانة ولا ضمان فيها لينقلب بواسطته ملكا لان الامانة تصير
مضمونة بالتجهيل بان مات ولم يبين انها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو فعل يوجب
الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يده
فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب
الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير
والمودع يد الغير والمودع ومن اقام انها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب
الايدي عند الموت وصار كانه اقامها على انها ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم
يقولوا مات وتركها ميراثا له لم يقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه ويقبل عند ابي يوسف بنوع
شهادتهم ملك المورث قوله وان قالوا لرجل حي مسألة اتى بها استطرادا اذ هي ليست من باب
الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم
تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت
فكذا هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعي فانها تقبل ويرد الدار الى المدعي
وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول بالاسباب
الزوال فربما زالت بعدما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله
وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول
والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه
معلوم وهو وجوب الرد ولانه يد ذي اليد معاينة ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر
لاحتمال زواله بعدما كانت كالمعاين المحسوس من عدم زواله قوله وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعى
عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا
اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة
في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان عليه شيئا جازت
الشهادة ويؤمر بالبيان والله اعلم بالصواب **باب الشهادة على الشهادة**
الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان
والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لاختصاصها بالمشهود له لعدم الاجبار والانابة
لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة

اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى اتواء الحق ولهذا الجوز
وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكون فيها شبهة البدلية
لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهنا كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى
البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد اصل الشاهدين وهو
اصل واخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود
شهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي
واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع
واذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله
او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة
من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة
الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يشهدوا في غير
الاصول عند انشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص
قوله ويجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال
الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الاخر
فذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار كالمراتين لما قامتا مقام
رجل واحد لم يتم حجة القضا بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين فانه باطلاقه يقتضي الاكتفا باثنين من غير تقييد بان يكون بازا كل اصل فرعان ولان
نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول علي ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا
شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف
شهادة المراتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد
خلافا لمالك قال الفرع قايم مقام الاصل منصب عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس
القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة
ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال ـــــــ وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد والادا
الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني
اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنايب عن الاصل فلا بد
من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنايب عنه لما مر ان الفرع ليس بنايب عن الاصل في شهادته
بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما
سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس
القضا وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة

وان لم

وان لم يقل له اشهد قال ـــــــ ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية ادا الفرع عند
الادا اشهد ان فلانا بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة
المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي ولشهادة الفروع عند الادا الفاظ اطول
من هذا واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من
المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الان
فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد
على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا احتياج الى زيادة شي وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه
ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهد لي فلان على نفسه لم يشهد السامع على
شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضا عنده
يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود
عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بالتوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما
فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الادا لم يعمل منعه
وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم ليصير الشهادة
حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم ينقل ولا بد للنقل من التحميل وللقايل ان يقول كلام المصنف
مضطرب لانه جعل المطلوب في طرف التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل ليصير
حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل
لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوايد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا يكون حجة الا في
مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل حتى نقول لان الفرع لا يسعه
الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو
ان الشهادة على الشهادة لا يجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع
شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها وياثم بكتمانها متى وجد الطلب
بمنزلة الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضايه عنه يجوز وان لم يكن بامره
فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في
تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر
وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة واذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية
عليه وهذا كلام حسن يسد الخلل واما عبارة الشارح فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد
تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر فعليه قال ـــــــ ولا تقبل شهادة
شهود الفروع قد تقدم ان جواز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز ما لم توجد
فلا يقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس
الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشيا لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد

المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه اذا كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد دفعا للحرج واما لحقوق الناس قالوا الاولى التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز شرعا يتحقق بما فيها وهو المدة التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم يشغلون قولهم فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصليين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي ولا يعرفهما او يعرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان يعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر غاية ما يرد فيه من الشبهة انه قال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الاول لكونه ذاك تابعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل عن المزكين غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا قيل هو كقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة بان قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصليين فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعرف انها هي هذه ام لا فيقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة

على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشترى بعدما انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لانه لكمال ديانته ووفور ولايته اقام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا اخص منها دونها قال في الصحاح الفخذ احد القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فلم يكن بينهم نساء اتفقت اسماؤهن واسماء آبائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف بناء على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو ابو الاب

فصل قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق • شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور وشهد بقتل رجل فجاء حيا يعزره ويشهره تعزيره عند ابي حنيفة تشهيره ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولانه هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت وتعديه

ضربها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرة
وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان
المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في
الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع
للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه
محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تاويل شمس الائمة
رحمه الله تعالى واول شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير
فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا
وهو كظيم وتفسير التشهير ما نقل عن شريح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا
والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين والموضع يكون اكثر جمعا
للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه
الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقدارهما مفوض الى
راي القاضي ولم يذكر المصنف انه هل الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول
الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل
الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف قلنا ثم اذا تاب هل
يقبل شهادته بعد ذلك او لا ان كان فاسقا يقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال
بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة اشهر وعند بعضهم سنة قالوا
والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان مستورا لا يقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على
رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء
وروى ابو جعفر عنه انه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال و في الجامع الصغير وذكر ان فائدة
ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة
فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص
وظهر حيا او بموته وكان حيا لنا لندرته واما لانه لا يمكن له ان يقول كذبت او غلطت ذلك
او سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الشهادات
وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم
به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع
الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا
فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على

الغرم

الغرم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء هاهنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف فيهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا
على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع
رجعا عنها صارا كالممتنع للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم
لان كلام الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض
به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه
مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن
موضوعات الشرع ولان الكلام الاخر في الدلالة على الصدق كالاول وكلما كان كذلك كان ساقطا
واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان
ما اتلفوه لشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف
لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة
الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان اجاب بقوله التناقض
لا يمنع صحة الاقرار ووعد بتقريره من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في
الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم • الرجوع عن الشهادة
لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم
فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص به الشهادة
وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة
الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية
فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برافع للحجة لان الشهادة في غير مجلس ليست
بحجة كان والاقرار بالضمان مترتب على ارتفاعها او ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة
ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه
اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد
به واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة
او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين
يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند
قاضي كذا وضمنه المال تقبل بينته لان السبب صحيح الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي
ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الان ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي
تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل عن المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان سبب
قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان

صح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها
قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال المشهود
عليه هذه المسألة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لكنه ذكرها لبيان خلاف
الشافعي ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما
سببا للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف
على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر
هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق
وليس ملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه
صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي
ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال الكل منكم ومن ثم في ترك اصلكم
في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية
عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص
جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار شبهة كما سيجيء والشافعي
جعل مباشرا وردع علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت
ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة
وجاز ان يتهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة
لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما ادعى
له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض
وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين
والتزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزما دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد
استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال
ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان
دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان
المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه
تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبان انهما ازالا العين عن ملكه باصل الضمان لا تنتفي المماثلة واذا كان
دينا فبازالة العين عن ملكه قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له
بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا
ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي **قال** وان رجع احدهما ضمن النصف • المعتبر في
باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الحق في الحقيقة يثبت بشهادة الشاهدين وما زاد فيهم
فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء
حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع

احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات
شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء لا في الابتداء كما في النصاب
فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا
ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة و
استحقاق المتلف ليسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان
ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف
فلان يمنعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق قيل يجب
ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة
باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول
ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر
كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما وتمامها لان القضا
كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف والملك المانع وهو بقاء
النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل
وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق
لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي
من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا مع رجل وبقين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم
بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام
رجل واحد بالنص قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
واحد واذا كان كذلك صار كان شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر لانها
تم ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء
او بكونها فكان الاطلاق كالكل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم
جميعا لما قلنا ان المعتبر بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بمال
ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم
فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها ولا يضمن عند الرجوع شيئا **قال**
وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح • وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما
سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع
عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين
والمنفعة قوله وانما يضمن جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لما كانت بالتمليك كذلك لان

الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها
متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه
محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك
ما ليس بمشروط عند الازالة كالشهود والولي وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير
ستتبين في بعون الله وتاييده وكذلك ان شهدا على الزوج بانه تزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف
بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان في قوله وهذا لان مبنى الضمان
معنا ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما
فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها بغير
عوض وهو يوجب الضمان هذا اذا كانت هي المدعية النكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج قدر
الزيادة بلا عوض **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة • شهدا بانه باع عبده بالف درهم
ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمة
العبد ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا
فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان
البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان
فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك
والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة حيث لم يفعل كان راضيا به والرضى
يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده
والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يحترز عن الانتساب الى الكذب
حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا
على رجل بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا على شرف ما كان السقوط
ومطاوعتها ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص
في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان
الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المراة كما كان والفسخ يوجب
سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة
بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ
لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك
ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بالضمان فلا يتحول الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق
بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب
بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف
وانه لا يختلف بذلك **قال** واذا شهدوا بقصاص ثم رجعا • اذا شهدا على رجل بالقصاص

فاقتص

فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل
تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او فاشبه القاضي
المكره لانه كالملجا بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره
وهو ليس بشيء لانه ليس بملجا الى القتل وقوله بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب
موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل ولا يعان عليه والولي
يعان على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره فالمتسبب في الشاهد
اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد
لا تعلق فيما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشر للقتل وهو الولي طائع لم يلزمه القصاص فكيف
يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه
ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه
يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا
او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل غضبا كما الى العفو عن القصاص والثاني
سلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا لا تنزل فعال ولان
الفعل الاختياري مما يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره
الصحيح فينقطع تسببه الى الشهود وسلمنا انه لا ينقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة
لا بد في الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط
ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد يضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك
من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان الاختيار فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد
في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالالة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه
اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فللولي
المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وبين تضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين
حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل
باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما قالا كانا
عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على
غيره وتمام ذلك يأتي وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين
العالم **قال** واذا رجع شهود الفرع • اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان
الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم
نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم وغلطنا او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على
الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان الكلام
خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني
فلا ضمان عليهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي

بانهما بين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست
بحجة حتى يكون سبباً للاتلاف وله ان الفرعين قاما مقام الاصليين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء
يحصل بشهادة الاصليين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي
ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعاً فعندهما يجب الضمان على الفروع
لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملاً
بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى
يضمن كل فريق نصف التلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق
وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان
يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قوله
وان قال شهود الفروع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل القضاء
لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد
شيئاً **قال** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا • اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود
عليه ثم ظهر الشهود عبيداً او كفاراً فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من
اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم عما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين
كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا
عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافاً لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لان الزنا
ما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيراً ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث
التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة
وانما هي سبب اضيف اليها الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان
الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً
قال واذا شهد شاهدان باليمين • اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار
فانت حر او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها واخران على دخولها ثم رجعوا جميعاً فالضمان على شهود
اليمين خاصة وقوله خاصة احتراز لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا
السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة
الحكم اليه لا يضاف الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر وقوله الا ترى توضيح للاضافة
الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود
الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط
وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط قال بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا
تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفاً عن العلة وشبهه بحفر البئر

قيل

قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان
قوله انت حر مباشرة الاتلاف فالمالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون
الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس
ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافاً الى الشرط قوله ومعنى المسئلة
يريد به صورة المسئلة وقد قررناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنياً
بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد تكون
فيها التعاوض ايضاً فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل
من وكلته بكذا اذا فوضت اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول
اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف
معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير
والسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجمعت على
جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها و
ركنها لفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف انه اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي
هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذلك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف
ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى
صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه **قال** كل عقد جاز ان يعقده الانسان
بنفسه • هذه ضابطة تتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتعوق
بعض عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية
حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير
مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل
يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يأذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز وجاز
ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل
ذمياً بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكونه الحال المشروط كما
عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض وامره
بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بان تعرض للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم
موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وبان محل
الوكالة في الشراء الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه
لا يقال جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض
والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه ان يكون مستبداً به والوكيل كذلك والذمي جاز له التوكيل
المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك فجاز ان يمتنع نوع عن التوكيل وان صح التوكيل

وقد وجد المانع اقترانه بها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شايع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وقر فوكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلان من جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول انه خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كساير حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا ساير حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حق الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل فاذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد باب الاستيفاء اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما ذكر جواز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى استيفاء الحدود والقصاص فبقي اثبات الحدود والقصاص داخلا في قوله بالخصومة في ساير الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب يضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من حقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كساير الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا تصلح مانعا لعدم تعلقه

بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا يمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بساير الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده اولا فعنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرفا لذلك في اصول الفقه سلمنا ولكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى المعدول ولا خلاف في الجواز والى التوجيه يحمل بمجاز لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه يتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لما فيه من ضرر به فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بيان وهم مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن الثاني بان يوقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الحاق التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض الذي يمنع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح واراد السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق في دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت للخصم امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتاخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذر بين المذكورين وعندهما

كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والرجل قال ومن شرط
الوكالة ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا
القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف
لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك
التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف
احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف وحينئذ
يحتمل ان يكون الموكل يملك التصرف فانا لا ننسب الحكم من جنس التصرف وقوله وتلزمه الاحكام
يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف
دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي المحجور
ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام
لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزم الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام
ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو
فوات رأيه قوله لان الوكيل بدليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فكان
نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك
جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع
الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل
يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه
لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواز بثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل
ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويلزمه بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل بامره
نظرا الى فرد فرد سواء كان الموكل يملك او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع وشرطه
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش
احترازا عن الصبي الذي لا يعقل والمجنون ويقصده به لا هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا
بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل
لكن ذكر في الكتاب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد
عليه ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار لا يحتمل تحت تقويم المقومين
مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز ولغيرهم
جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان
الموكل فيها مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فهي صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه
او عبدا محجورا عليه دون فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل
فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده

ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي
اذا بلغ لم يلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه
بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل
وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء
بثمن مؤجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر حتى يطالب البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس
بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يقابله البدل المضمون في ملك المشتري وليس هنا كذلك انما هذا التزام مال في
ذمته استوجب مثله على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه
ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لانه التزمه
ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كأنه اشتراه لنفسه
ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق
له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير كما اذا عثر
على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها
الوكلاء على ضربين ضرب تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى
نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة
لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح
ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة
عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما
فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن
الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فيتعلق به ولهذا قال القدوري في المختصر
قال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في
العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي
ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يثبت للموكل ولكن بعقد
الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة انه يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل
فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا
وقال شمس الائمة قول ابي طاهر اصح قال المصنف هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي في تكييف
يوجب ما عنه من التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس
كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي اصالة وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة
حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق
للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته
فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل والى ذلك اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فيتعين الحقوق

للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغيره من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويثبت الملك لمولاه يقوم
مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل
لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل
او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكا
مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهرا للحرة ولم يفسد
النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل من ساعته في الحال فلا يعتق
عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي
ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق يثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن
في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المصنف وفي مسئلة العيب تفصيل
نذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان
يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قال** وكل عقد يضيفه
الى موكله ● هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها
لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضاف الى نفسه كان
النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صادرا منه ومن صدر منه العقد يرجع
اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه يعني لان
السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما فيه فلان
الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم المكرم الا ان الشرع اثبت
نوع ملك كالحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره
من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل ان يقول المسئلة الكلام في فصل الحكم بل هو في فصل الحقوق فما فائدة
قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب لنا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى
الموكل وثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا
الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل
او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وبينا في الاضافة الى الموكل فتعين الثاني
واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبهه للطائف الاعتبارات جزاه الله عن الطلبة
خيرا **قال** والضرب الثاني من اخواته ● اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة
والصلح على الانكار فيضيفه الى الموكل والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار
مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه
بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعيره دابته او يودع متاعه او يرهنه
فقبض الوكيل ونحو ذلك يجري على الحكم باضافته اليه مثل ان يقول وهبك موكلي او رهنك ولا يبقى للوكيل
الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف لان الحكم فيها يثبت

في الصورة

في الصورة المذكورة تثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فيقع له فلم يجعل اصيلا مقتضاه
اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويخرج ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن
له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى
الموكل بجعل العبارة سفارة فبما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان
الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق
يرجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت
الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويخرج لانه لابد له من اضافة العقد
الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة
كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء
من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة
وازيدك ما يسر الله ذكره ملكوت المقام من معاركه الاولى فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه
فالمسئولة ان تجعل المعقل موضعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه
لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في
ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان
ذلك محل ابتداء العوض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له
سوى المستعارة والموهوب اذ ليس ثم بدل على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب
ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما المحل فيهما
عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك
فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض
وفيه بدل معتبر لا محالة في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد
وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح
التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة
فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل **قال**
واذا طالب الموكل المشتري بالثمن ● اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي
عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه
الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل
صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد
منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز الصرف بالقبض فكان
القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للموكل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا
ثبت له حق القبض قوله ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري

على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن
حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلام
معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل
المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا
ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عند ابي حنيفة ومحمد ان يبرئ المشتري
بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما قلنا ذلك عندهما لان الابراء
اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك
لما جاز الابراء من الموكل ولاختص بالوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه واذا الابراء من الوكيل
هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة
وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن
الدين لسده باب الاستيفاء ومنعا لما العبد عليه واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل
لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن
القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا فان
قيل الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب
بان في المقاصة وصولا مستعقبا ان كانت بدين الموكل ومتداركا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا
مانع من الجواز والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قدم
من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه
مبني على اثبات الملك والبيع مبني على ازالته والازالة بعد الاثبات **قال** ومن وكل رجلا بشراء شيء
اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ
ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول
على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة
في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد هنا
بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاحهم وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون
معينا او لا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا
هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما
فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الايتمار
بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب
ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل
المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه
فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويتفرع على الاصل ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة
استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه من البائع

من الموكل

من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا
وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها
فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك
جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس
بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم اليه ذكر بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع
ولم يبين الوصف الجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة
باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف
فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد
من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جائزة لارتفاع تفاحشها بذكر
الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا
او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت
لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لانه بتقدير الثمن يصير
النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت
الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير
بيان اشتمال اللفظ على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه **قال** ومن دفع الى آخر دراهم وقال
اشتر لي بها طعاما ● ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها
استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما لان الطعام
اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء
الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم
يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام
في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بينهما فعلى الدقيق وهذا
بظاهره يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كانت الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف
الى الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بقيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني
ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط
بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له
ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في تحقيق ذلك العرف
ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطها

بعين اوزان ماعينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك وتعرفه الحضلاوة ما حمل بيع عليه مثل الرجل
اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان
المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه
ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البايع
بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها اليه وان كان الثانى فلم يرده الا باذنه لانتهاء
حكم الوكالة ولان فى الرد ابطال يده الحقيقية ولا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اى ولكون الحقوق كلها
اليه كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل قال
ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم ◆ اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او السلم فيه بمثل ما نقل
جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر فى اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم
لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه
العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك فى الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالوجه
ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جايز لا محالة والثمن يجب
فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال المسلم فيه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه
واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص
والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثانى بانه كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة
شخص واخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان
قيل ما جعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول
المذكور انفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له
فاذا سلمه الى الاخر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه
او الى الامر لان الاضافة تنافى العقد بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس قبض
العاقد وهو الوكيل ببدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق كالصبى
والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق
من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا
فيه فان الوكيل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس
بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع فى بعض النسخ
بخلاف الرسولين اى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين
فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم اى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما يجوز
الوكالة من جانب المسلم اليه فكذا الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان
الرسالة فى العقد لا فى القبض والافتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلام المرسل فكان
قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله ◆

اذا دفع

اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اى صار الوكيل كالبايع من المشترى لثبوت امارتها
فانهما اذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى يرده على الوكيل
وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليله عليها قلنا الفرع
المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع فى كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة
لاصله واذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم اليه المشترى من جهته يرجع عليه قوله ولان
الحقوق دليل اخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت هنا
دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه طالب بالدفع لقبض
المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع
لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الموكل فلا تبطل
الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وللبايع حبس
المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البايع او لا وقال زفر ليس
له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس فى المسلم غير متصور ولنا
ان ذلك طريقان احدهما ان قيام التسليم لاختيار يستحق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهنا
التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن
ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يستحق الحبس والثانى ان قبض الوكيل فى
الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاجل حبسه وانما يتبين احدهما بحبسه
فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء فان لم يحبسه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا
لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابى يوسف
يعتبر الاقل من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل
بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب
عند زفر يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع
الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر وزفر يقول منعه بغير حق لانا بينا ان قبضه قبض الموكل
وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا ولهما اى ولابى حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة البايع من الموكل
كما تقدم والبايع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع
واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البايع وان لم يحبس
واجيب بانه اذا حبس تحقق انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيتقوى جهة كونه بايعا فلزم الضمان
واما اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابى يوسف انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بالحبس
وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن لا بمعنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا
لاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفى قولهما يعنى ان المشترى ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ

بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبايعه وأجاب المصنف بقوله
قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ في حق البايع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل
عيبا بالمشترى فرده ورضي به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل
وهذا مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البايع وبين هلاكه
في يد الوكيل بعد الحبس ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل
بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع
كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس بوكيل
فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل إذا تأمل حق التأمل وجد ما ذكر عن جانب أبي يوسف
غلطا أو مغالطة وذلك لأن البايع من الوكيل بمنزلة بايع البايع وإذا انفسخ العقد بين المشترى
وبايعه لا يلزم منه الفسخ بين البايع وبايعه فكان ذكر ما صورتها **قال** وإذا وكله بشراء
عشرة أرطال لحم بدرهم • وكل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
إن كان ذلك من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فإن كان
الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ
القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل أي في كتاب المبسوط في أبواب
الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لأن
إن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره
وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع ولم يبق على الوكيل من ذلك شيء لا سيما إذا زاده خيرا وصار كما إذا
وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة
وظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على
الموكل لأنه أتى بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الأول أنه يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة
تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة كما
إذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت
لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له والثاني أنه إذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة
فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في كل واحد منهما
يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين
بأن في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم
يصح لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع
فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الأمثال ولا تفاوت في نفسها
إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكل منا فيه وصفته كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة
شاء بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم فالثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك
لا يعتبر في حق الموكل فيثبت حق تعيينه فلا ينفذ عليه وإليه أشار في التتمة فقال لأنه لا يدري أيهما

اعطى

أعطي بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى إلا على رواية
من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك
أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض
التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل
في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة وإحكاما لكونه حاصلا بصنع
العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللا قوله بخلاف ما استشهد
به جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل ببيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق
بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثم بدل عنه لا بدله فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك
قياس البيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وما قال ذلك أن الألف الزائد لا ينفسخ حلول
خلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وإن كان الثاني
كان المشترى للموكل بالإجماع لوجود المخالفة لأن الأمر يتناول السمين والمشترى هزيل
فلا يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شيء بعينه • ولو وكله بشراء شيء بعينه
لا يصح له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الموكل لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه
عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يجوز بدون
علم صاحبه كسائر العقود فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل إلا إذا باشر على
وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة فإذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم
فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه
للوكيل لأنه خالف الأمر فينفذ عليه أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا إذا
اشترى بغير النقود لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه وكذا إذا وكل وكيلا لأنه مأمور
بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها
إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به
وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حين نكحها
من نفسه فإن الإنكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لا محالة
فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل وإذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشتري
بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسم أو إذا اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على
الموكل لأنه إذا حضر رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع
والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه جاز
وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأول لا يقع ذكره
في الذخيرة والتتمة وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأي
إلى الوكيل وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي ولا حاجة فيهما إذا انفرد

عن مال الى الرأي فجعلناها مجازا للرسالة فانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل
فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الاقراض والاعارة ليس من النقل في شيء فلم
يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها تحتاج فيها الى الرأي
فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته **قال** واذا وكل
بشراء عبد بغير عينه ● اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت
الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل وقوله هذا محتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان يكون
الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما
ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر حملا لحال
الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه
غصبا لدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع
الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه
الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا
يحل له ان يشتري لغيره ويضيف الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول
يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهو له او لنفسه
فلنفسه لجواز ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشراء بغير عينه وان اختلفا فقال
الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لكونه
دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد
هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له
والفرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما وقع مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له او لغيره
فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر
والنسيان قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل
والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه عرفت ان في النقد من مال الموكل
تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ثم نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من
دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا يعتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية
وقت الشراء انه يقع للوكيل ويحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق
لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف
وهو المراد عندي بهذا الكلام في ان الاضافة الى النقد كانت ينبغي ان لا يتعين لان النقود لا تتعين
بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء يتعلق بتلك الدراهم بتعيينها وانما نقول ان الوكالة تتعلق
بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تعلقت
بها لم يملك الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر
مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا

انه

انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد واما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة
التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا
في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد يبطل السلم فاذا جعل من له العقد يستبان بالنقد وليس
الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد
بالف ● ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل
بشراء عبد معين او غيره والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا
وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول
للآمر لان المأمور اخبر عما لا يملك استينافه بسببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع
على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول
الوكيل فعلت ومات عنده لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك
استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما في عما وان
كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان
كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا له فلا يتهم في الاخبار عنه فان
قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء له ممكن مع
التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للآمر
لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي الخروج عن عهدة الامانة
ولا ثمن في يده ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا لذلك اي الخروج
عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء
كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه
لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على
ما مر ان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه
لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة
من جانب ابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وهو يريد بذلك
الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله **قال** ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان
رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امره بذلك
فان لفلان ان ياخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء
لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة
بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها

لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يتصل اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة
في الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه وان قال لفلان لم آمركما انم بل الاذن بالاخذ لم يلزمه
لان بالاخذ لان الاقرار ادنى بالرد الا ان يسلم المشتري له اي الا ان يسلم المشتري العبد المشترى
لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود
الى المشتري بناء على الرواية بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي على فلان عهدة فانه
بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلم المشتري له ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لوجود التراضي الذي هو الركن في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما
ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق
عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء الا فيما لا يتغابن استثناء
من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل
الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره
ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان
اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لانه
الامر بذلك دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير
وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما
استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة وان اشترى
الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى
الباقي حصل غرض المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة
واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد
بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس ولكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشترى به الباقي لتحصيل غرض الامر
قال ومن له على آخر الف ... ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر
ولزمه قبضه او مات قبله عند المأمور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره
فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر فهو
له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لازم
للامر اذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فانه
عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر
لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في المعاوضات دينا كانا او عينا الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد
ومن لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده

فضا

فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى انه
لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي
عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير
غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمستدل بهذا على ان
النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاولى
تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد
التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال
محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل
حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء
والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى
الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال
وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا
قول منهم بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقف ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب
للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة بقول بعض
المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائة سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بانه خلاف قول
بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التفصيل
بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل
من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكر في شروح
الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت
الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم
المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك
لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت هو تتمة الدليل وتقريره انها تتعين
في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض
وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو
دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى
المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع مال الغير
بلا ولاية باطل وصار كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا
بالقبض الحسن بخلاف ما اختاره المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل
عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح ولازم للامر لانه نصب البائع وكيلا عنه في القبض

في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غيره من عليه ولا امر ثمة بصرفه ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى
شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز
ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله وبخلاف ما جوابه عن قياسهما على الامر بالتصدق
ولم يذكره في الكتاب وقد قررناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع
الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد بغير عينه حتى لم يعلم بايعه غير صحيح نفذ الشراء
على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الامر منه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك
عنده كان من ماله **قال** ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا
كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة
وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للامر لان الوكيل خالف الامر
حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن فانه لم يكن دفع الالف
اليه واختلفا فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة المذكورة وان كانت قيمتها الفا
فمعنى قوله فالقول للامر يتحالفان ويبنى على ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي
الفا وجب ان يلزم الامر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا
للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل بمنزلة
منزلة البايع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا
تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المامور وفيه مطالبة وهو ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف
اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان
في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت وفي خلافه الثاني **قال**
ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف
في الثمن وصدق البايع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا يتحالفان ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني
لان تصديق البايع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأه لزم الامر فكذا
ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف ولعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان
كما ذكرنا فانه قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر
يعني محمدا معظم يمين التحالف وهو يمين البايع لان البايع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا
في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص
بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى وقوله والبايع بعد استيفاء الثمن
جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع بان البايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله
اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف رحمه الله وهذا
قول الامام ابي منصور وهو ظاهر قال في الكتاب وهو الصحيح

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسايل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة

فناسب

فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين وهو ان يوكل العبد
رجلا ليشتريه من مولاه على وجهين وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجل ليشتري نفسه
من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا
من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكرهما متروك مثل ان يقول في
توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل **قال** واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد
رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته
لنفسه او لم يعينه فان عينه فبلغ المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من
نفسه اعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول
منه للعتق ببدل والمامور سفير حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد
اشترى نفسه بنفسه واما الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى
فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا
لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لان توكيل بشراء شيء بعينه
ليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة
تعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى
للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع
الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام
قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا ابتاع الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد
الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت
وكلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف
اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي
اجنبيا يشتري العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته
لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقد من يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو
المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة الى النفس والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد
فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل
والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء ويوجب الجناية عليه حينئذ
وربما يتضرر به والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة
المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله ولا مطالبة
على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون
الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل
وهكذا ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره وهناك
يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب

العبد في عتقه سعيه فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه
شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قال** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك
من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد
الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى فهو
للآمر والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى
لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله
لغيره من اموال المولى وكونه وكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى
لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة
وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك
غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل
حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل
قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك
فقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان انتقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يعمل
فيه الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه
فاذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا ينفك عنه سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى
الآمر نتيجة الدليل وتقريره ما العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن
غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضاف الى الآمر صح فعله امتثالا
فيقع العقد له قياسا على غيره توكل بشيء وفعله وقوله ففعل فهو للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى
بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى
والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد
قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشتراه لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال
فقلنا والواحد يتولى طرفيه بيع فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت
اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا
عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة
تقتضي صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو
حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف
جاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فنفذ
عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال
وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عما باشره
وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه
حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثم قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن

فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك
والبائع بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين
صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث
الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام الشراء
بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثم فهو وجه تأخير البيع **قال**
الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل مخصصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له
ان يعقد مع من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة بمثل
القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم
بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان
الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولابد من تحرير الاقوال قبل الدليل فنقول عقد
الوكيل بالبيع والشراء مع من لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو
جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز بلا خلاف وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى
ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة
في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة اذا عرف هذا فالدليل على الذي ذكر
في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان
المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها انما تكون من حيث ايثار
العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية
نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء
جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان
التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من
الاجنبي والا ما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع
من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما
في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق
في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي
حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها
شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لان المنافع بينهم
متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز
بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر وان له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب
اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا
فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما
خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف بشروط لم يشترط في غيره

فكانا مما يوهم عدم جوازهما موهولاً فبيّن ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال

والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض ● الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل كثير

وبعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالتعارف

عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا

يتقيد التوكيل بشرى الفحم بايام البرد وبالجمد بسكوة الجمد ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم

بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشتراه

ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل

من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه لانه من

حيث ان فيها اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شرا فلا يتناوله

مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع

مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه من غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن

تنزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف

عند شدة الحاجة الى الثمن للتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة

الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت مادة

الخصم فيه فرع نزاع او يظهر كابرته والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند

فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن

او العين فلما جعل هنا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جوازه للوكيل

في اليمين وقوعه جوازه في البيع في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا ياكل لحما قديدا احنث وفي التوكيل بشرا

اللحم لو اشترى به الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الامر واجيب بان التوكيل بشرا اللحم انما يقع على لحم

يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف فيها اختلف

فيهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرجه عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة

فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي

لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا

بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه بل هي بيع من كل وجه

وشرا من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب

كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشرا من كل وجه ويجوز ان يقال

البيع في الحقيقة عبارة عن ازالة ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشرا عبارة عن تحصيل ملك غيره

متوصلا اليه بازالة ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشرا يطلقان على عقد شرعي يرد على عوضين

ما الذي باعتباره يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البايع عن المشتري والوكيل

بالبيع عن الوكيل بالشرا فنيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشرا من كل وجه فما ذا رجح ابو حنيفة

جانب البيع وما قيل اذا كان شرا من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشرا وهو لا يملك الشرا بغبن فاحش بالاتفاق

فكان

فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيم او ما قل منه يسيرا كما روي

الحسن عن ابي حنيفة وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان

يبيع بما عزّ وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لانه موكل لا يملك ذلك

بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحت المتصيّد تلفيقه

ان شا الله تعالى قال والوكيل بالشرا يجوز عقده الوكيل بالشرا يجوز له ان يشتري

بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه

او في وجه خاسر الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على الامر لانتفا التهمة

لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا

الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل في اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امراة بالكثر من مهر

مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف التوكيل

في الشرا لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بيّن الغبن اليسير والفاحش فقال

والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا

التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد

الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم

المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى التقويم ولا حاجة هنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير

وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده

وفي العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر واذا زاد على ذلك لزم

الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة

وقوع التجارة وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة

دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فعد لا يتسامح به في المماكسة

فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة وكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب

الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله اعلم

قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند

ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ويستوضح بقوله الا ترى انه

لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف

وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع

النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي

قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان

عندهما فان وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف بالاتفاق وما ذكرنا من الدليل انفا في الوكيل

بالبيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشرا متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق

اخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر

بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي اطلاق الامر وتقييده
فيعتبر فيه العرف والعرف فيما يشترى بالعبيد جملة ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح
التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب
ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية
واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا
بالدليل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال
ولو بوجه اولى **قال** ولو امره ببيع عبيده • ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض
الثمن او لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فلا يخلو اما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا
يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين العيب
فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن حدوث العيب في يد البائع وتاريخ
البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لانه لا
يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها ليظهر وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج ونحوه
الرتق فيحتاج الى النساء او الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج
الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان
بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل
في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر وان رده باقرار لزم الوكيل
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي
بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي
غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم وهذا لانه
لما جاء الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى القضاء
القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده
باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امره وعيبه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بان
قد حصل من جهته وكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير
قضاء والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع
الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر
اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة
الروايات انه لا يلزم الامر وليس للمأمور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين
ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولهذا لو صورة
بالبينة والنكول المقدم ما تبيط لان عدم القضاء **قال** ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد
اذا اختلف الامر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الامر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة

وقال

وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ومن
يستفاد الامر من جهته اعلم بما قال فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس
ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد عادة ما لم يقل وكلتك
ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او فيما لي لا يملك الا الحفظ فليس
في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق
والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم
تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان يستفاد من جهة رب المال الا ان في العقد
ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم لانه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة
وكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع
اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة
وفيها القول للامر كما تقدم ان ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارفا
عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسألة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل
والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في
يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى
لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل
مفلسا وقيل التوى فيها ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت
الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق
به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض
بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى
اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع
يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض **فصل** وجه تأخير الكلام
في الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان
لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا
وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر سواء
كانا ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبيا او عبدا محجورا ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي
كالبيع والخلع وغير ذلك لانه اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي
احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للاخر ان يتصرف قوله والبدل وان كان مقدرا جواب عما
يقال لما قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان
البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة فاذا اجتمع كلاهما احتمل ان يزيد في
الثمن ويختار المشتري من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس

لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني اذا اهل الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى
الراى الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء قوله والراى يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم
دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الراى والموكل رضي برايهما ووجه ذلك ان المقصود وهو
اجتماع الرايين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك قوله او بطلاق زوجته بغير
عوض وما بعده معطوف على المستثنى فان وكل رجلين بطلاق امراته بغير عوض فطلق احدهما
واباه الآخر انه يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكلهما برد الوديعة او بقضاء دين عليه
لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء وكذا
بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل
فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور
بقبض النصف اذا كان مع صاحبه والمشروط فيه غير مامور بقبض شيء منه قوله وهذا اى جواز انفراد
احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا
ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر وانما كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا ينفرد احدهما على
التصرف في ملك الآخر فقيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بانه في ابطال حق الآخر
فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع
قوله ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون
معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدارين فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل
ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل
على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه صريح الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها
بايديكما مفوضا الى رايهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الراى بخلاف الامر باليد قال
وليس للموكل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه مفوض اليه التصرف فيما وكل
به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتة في الآراء وفيه تشكيك وهو
ان تفاوت الآراء يدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى راياً منه
وايضا الرضي براى الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او قويا في راى
الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضي برايه لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للتفاوت في
الراى طالما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراى والتصرف في
الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن انه لا اتم منه بعقوبة فهذا التصرف فقبوله
حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فان اذن
اذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فقد رضي براى غيره لو اطلق التفويض الى رايه وذلك يدل
على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز فهذا الوجه يكون الثاني
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الاول وقد مر نظيره في ادب

القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخره فان قيل فان وكل
الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الراى وقد حصل قيل فما الوكالتين
بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما
الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني
بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وفي
موضع آخر منها شرط الاجازة قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز
الوكيل جاز حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع
انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب
علماء الشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني
فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز
بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الراى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة
بخلاف الغيبة وعلى هذا اصل وكيل البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول
حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله
او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراى وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه
كونه فضوليا في اصل وكيل البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل
ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط عقد اصل الوكيلين
والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما
الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من
غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه
يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ
في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذا
السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول
انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لانه فات
ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للباقي
فعقد بغيبته جاز لان الراى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب
الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة
على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه
لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في
الزيادة واختيار المشترى على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراى في الزيادة واختيار
المشترى واذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك
لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل

الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير لمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل
الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابته لانه عنده في مجرد العبارة قال واذا زوج المكاتب
او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع
او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع والشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى
لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة
من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فلا يملك انكاح
غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم
بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية
نظرية وهي يحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة
على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد
من الذمي وان كان مستأمنا لانه وان صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ظهور جحده
عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان
نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز وان قتل لا لانها ولاية نظرية
وذلك بالولاية النظرية بتاويل المذكور وبانه استعمال ذلك متردد باتفاق الملة والملة مترددة
لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قيل استقر جهة الانقطاع
فيبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فيصح ولهذا ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما
في نفوذ تصرفات المرتد حيث قولهما بالذمي بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كانت المسألة بالاتفاق
والله تعالى اعلم بالصواب

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة
عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك انما
يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور قال
الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر
هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض
فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا
بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من عزل القاضي وغيره والمطل والافلاس
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل
بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا ان ما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه
وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه
لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة
والمجاز متعارف وهما اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام

في ان

في ان الفتوى على اصل الرواية وعلى العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك
القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما انه يفضي
الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فاذا اقتضى
القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل عنده وقالا لا يكون خصما
ولا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكل بالقبض والخصومة ليست
بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي
الى الخصومات فلم يكن الرضى به رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ
قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء
لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه
اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم
يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل
خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقيمت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة
فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب
العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يبطل بحقوق العقد وبالقسمة
بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه
فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البائع البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا
ذكر في الجامع الصغير وهذه المسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل
بالشراء لان الوكيل فيهما يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون
خصما قبل مباشرة الشراء قوله وهذه اشارة الى ما اشرنا اليه مما تم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل
بالتملك اصيل في الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين
حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول حتى ان من وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل
باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على الخصم وفي
الاستحسان وقفنا الامر حتى يحضر الغائب لانه بقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده
حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فانه يقبل في قصر يده كذا
هذا وكذلك اذا اراد الوكيل نقل المرأة المزوجة ينقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية
قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او رهنها بيده على
الاخذ من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على الخصم وفي الاستحسان يقبل في قصر يد الوكيل
دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك

قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في اثباتها وهو اثبات العتق على موكله ولكنه خصم في قصر يده وليس
من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها بالقصر دون غيره قال وإذا
اقر الوكيل بالخصومة على موكله • واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان هو وكيل المدعي فاقر
باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة
ومحمد الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة ولا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة
واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين
جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول
الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهما والفصل بين مجلس القضاء وغيره
استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل
اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل
بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا
يسلم المبيع وفيه نظر لانه لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يورده على وجه الاستشهاد يعني لو وكل
بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا
التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته يتناول ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف
في غير ملكه وهو غير صحيح وان احتيج في هذا صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فقد ذكرنا ما تقدم فيه وما
انما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان
مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما بيان
تحريا للصحة قطعا قوله ولو استثنى الاقرار صح يعني مستشهد لزفر وجوابه لا نسلم صحة الاستثناء
بل لا يصح قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له
ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص
زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك كما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا
نص على استثناء الانكار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل فحمل امر المسلم على الصلاح فتعين
الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل
الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان
المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على
الاقرار فكذا وكيله لان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان
فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا
يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب
مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه

بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا والجواب بانه انما لم يصح صلح الوكيل
بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز
وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا
محالة وايضا الخصومة والصلح متنافيان فينبغي ان لا يجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل
بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلافا
لما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا
ثم لما فرغ من ذلك شرع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة بعد ما ثبت ان
التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله بقول ابي يوسف
في التسوية بين مجلس القاضي وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي
وكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة تناول جوابا خصومة حقيقة او مجازا
لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عما يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة
والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره
فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب
والجواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به لا
انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما
ذكرنا في التقرير بانه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية
وهو مجوز شرعي فيطلب الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف وانما اختص بمجلس القضاء
فلان الظاهر اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لانه الواجب
عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى ونبه للمقصود قوله لكن [illegible]
فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب
ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه انه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج عن
الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القاضي
فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما
لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما [illegible]
فلذلك ههنا قال ومن كفل بمال عن رجل • ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال
بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها
لما لم تصح حال التوكيل لما لم يذكر لم ينقلب صحيحة كمن كفل الغائب فاجازها بعدما بلغته فانها لا تجوز
لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو
ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض
الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين
فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع سلمنا الحكم

شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابرا نفسه على خلاف ما ذكره في الجامع الصغير
سلمناه لكن الابرا تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه
ضمني لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل
الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتفسخها الوكالة لطريانها عليها كما ذكرنا في الكفالة
عنها فانها تفسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل صح الضمان
وتبطل الوكالة فالجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة
لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة ناسخة
للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل آخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قوله
لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفاء
اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير
بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرما قيمته وطالب
العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل
لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا للقيمة كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرى به نفسه فيكون التوكيل
باطلا **قال** ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه ● ومن ادعى انه وكيل فلان الغايب في
قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان
الديون تقضى بامثالها فما اداه المديون مثل ما للدائن لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على
نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغايب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا
لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا
عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه وان
لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان
باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه
لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه
اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي
ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض برجوعه
بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يملك نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون ضمنه
من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على [illegible]
بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ثانيا لم ارجع عليك بما دفعت اليك
او ضمن الوكيل المديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على [illegible]
التخفيف فانه يرجع على الوكيل حينئذ لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون
لانه غاصب في زعمهما فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لانه
الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب له عليه اي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة اضيف

الحال

الحال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا
لان فرع التكذيب سياتي عقب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة فانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب
اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل
في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة
المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير
تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان
المؤدى صار حقا للغايب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب
وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما اذا
دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرفا
لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته
مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا وقال الخصاف
لا يحلف على قول ابي حنيفة ويحلف على قولهما لان ما ادعى عليه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه
على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابة عن الامر
لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك
يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة
في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر
بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض فانه
اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على
ملك المودع غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقرارا على نفسه
بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغايب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع
فهل للمودع الرجوع او لا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه
وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم يكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها
لانه ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغايب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات
ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى لان
مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب مال ووجهه
بلوغها لا يحتمل كلمة فانه الى قوله مشافهتها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته
منسوبا اليه ومحلها كماله وتبعه غيره من الشارحين وان رواه ضعيف لان الحال معمول للعامل وكلمته
يجوز ان يكون معمولا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه

ما لا يحملوكا منسوبا الى فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع
لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى
انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان
اقرار المودع اقرارا عليه ملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه ولقائل ان يقول
قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضا بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بان ذكرهما
هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك
بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض
بعيد المناسبة **قال** فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بقبض ذلك المال فاقام الوكيل البينة عليه وقال الذي
عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف
لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه
فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان نكل
مضى الادا وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا
تجري في الايمان وقال زفر احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل
لو اقر بذلك لبطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل
فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا يعلم الاستيفاء من مورثه
لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة **قال** وان وكله بعيب في جارية
اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري
بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند
نكول الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضا والقضا بالفسخ ماض على الصحة
عند ابي حنيفة لان القضا في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا بالنكول وعلى هذا لا يحلف
المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فايدة واعترض
بان الوكيل اذا ردها على البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية قال
البايع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البايع ولو كان القضا ماضيا
على الصحة لم يرد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهبهما واما على قول ابي حنيفة فلا سبيل
للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل
المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه فنقضنا ردهما في الآخرة على وجود الرضى
من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضا باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين بخلاف نص قالوا
هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين
فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا تؤخر الى تحليف المشتري لان عدم
التاخير الى التحليف في الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية

لان

لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر الخطا عند نكول المشتري ردت الجارية
على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر
النظر للبايع حتى يستحلف المشتري اذا كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر النظر له ان
كان غايبا **قال** ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها . ومن دفع الى رجل عشرة دراهم
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفق من ماله بمقابلة العشرة التي اخذه
من الموكل لانه لا يكون معتبرا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا
والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة
بالبيع والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل
بالانفاق قد يحتاج اليه لان الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة
فيحتاج الى ان يودي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفي القياس
ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها
ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق
من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين
وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضاء دين بها فدفع الوكيل عن ذلك من مال نفسه
قضاء عنه فانه في القياس محتسب حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون
له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون
الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه
متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشرا لانه امر بالانفاق وهو امر بشرا الطعام والشرا
لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا
بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

وجه تاخير باب العزل ظاهر لاقتضاء الحيا ان واعلم ان التوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح
حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهل المراد
او لا وان كان للمطلوب بغاة لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه وكذلك وان كان فاما
ان يعلم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان
العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لانه بالتوكيل
يثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور
في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه
مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يرجع اليه لانه قال
لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال لما ذكرناه قوله رضا راهن التوكيل من جهة المطلوب
اما ان كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل

وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له
ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن
البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه
صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه الفرقة
اجيب بان مدار العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي
الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا واما في مسئلة الرهن فان في
العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع قال
وان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه
جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل تصرف
على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيبه له فيما ادعاه لبطلان ولايته وفيه
التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع العهدة اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان
وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له فيضمن
فيتضرر به الوكيل بالنكاح وغيره سيأتي في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة
في المخبر في فصل القضاء بالمواريث فكان ذلك بالتغني فلا يحتاج الى الاعادة قال
وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف
على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيها الا برضى الطالب ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يترتب
وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان
يخرج نفسه عن الوكالة وللموكل ان يخرج الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم له دوام حكم ابتدائه لان
المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فيكون
كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه
العوارض فلا يبقى الوكالة من هولاء كما لم ينعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم
ويتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض
وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا يبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل
امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم
ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان القسم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون
المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرطه الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة
وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به
الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد
وقال محمد اذا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم
المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فيكون

موقوفة

موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل
وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر اللحاق وقد عرف في السير ان كون
تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل
وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فاذا خلا التوكيل
بالنكاح فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت
الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد
العزل لا يكون وكيلا الا بالتجديد قال واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب
ثم عجز او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل
او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله نفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء
الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل
حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل واما اذا وكل المكاتب او المأذون له
بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه ولمولاه
مطالبته استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو
وكله ابتداء بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه
ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز
ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما معا وكيله من جهتهما جميعا
فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه
وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيل جهتان جهة
مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة
الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان للتوكيل
جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان
وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون
بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد فحصوله باثنين وكلام
المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين
كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد بها الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا
افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها وهذا على تقدير صحته يختص بمسئلة
الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر صدر صادرا الى المعتوه
ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان له دوام حكم الابتداء
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف هذا عند محمد

فاما عند محمد وابي يوسف رحمهما الله فلا يعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه دفع المانع
ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء للموكل فاذا وكله فقد دفع المانع واما انه تصرف في اهليته
فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة ولما كان
باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين
فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة وتخصيصها معروف ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ التصرف على
موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك بلا ملك غير
متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه التحق به بالاموات فصار كسائر
املاكه واذا بطل الملك بطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول
واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسألة فيما اذا
قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لانه
ولاية اصل التصرف باهليته فانه يفيد التخلص عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ لانه
يتحقق فيها للوكيل ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل
وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما صارت بعده ولم يتجدد عليه شيء بثبوت التوكيل فكانت ثابتة به
ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها
تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه
فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي
عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء
بلحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل
ايراد هذه المسألة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن للمذكور العود ههنا جوز ذكرها
في هذا الموضع **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاشياء
او الاستيفاءات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او
كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها
منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله
بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته
فطلقها بنفسه ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله
ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة
كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق
كان وكيله كذلك وكذا اذا وكله بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه
بطلت فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع

من التصرف

من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بغير قضاء
فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل
غيرهما وكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم
رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء
فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة
عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على الغير وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق
في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به
اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على
الخصم فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء واذا ادعى
انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على
الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون
ببقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثيرة **قال** المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا
تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي الدعوى لا تحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما
من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر
فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه منها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من
لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة
كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير
صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من
ادعى ظاهرا وقرار الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي
هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه من يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه يدعي
عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال والجواب
قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة لم يقبل قوله لرب المال
لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصل ويجوز ان يورد بالعكس بانه
متمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما
ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المنكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشأن في معرفة من
المنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما
على الآخر يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو

يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام
البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال
ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعى به شرط لصحة
الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره
مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول
غير متحقق فان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في
الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول
بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف
فان اشتراك الشخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما سأل اشخص
اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم وعلى هذا القضاة
مناد لهم الى حاضرهم بما اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم
معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فلو احضر وجب عليه الجواب
بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة اليها وتوجه عليه اليمين
اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكر امر وجوب اليمين عليه في اواخر هذا الباب قال
وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها يعني اذا وقعت الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها الزم المدعي ذكر قيمتها
ليصير المدعى به معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف ولو بولغ فيه فلامكان المشاركة
فيه كما تقدم فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء يعرف بها العين فذكرها يكون مفيدا وقوله وقد تعذر
مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة قد تعذرت واما
تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة
المستهلك يدل على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق المالك قائم في العين المستهلك
عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون
الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهو دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز
واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بما يقضي فلا بد من ذكر
الانوثة والذكورة ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة
الى ذكر الذكورة والانوثة قال واذا ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى به عقارا فلا بد
من ثلاثة اشياء تحديده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن
فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر
النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان مشهورا مثل
ابي حنيفة وابن ابي ليلى فانه مستغن عن ذكرهما ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله
على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر
الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانه في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به المدعى بالغلط

في الحد

في الحد المدعى ولا كذلك بتركه كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا
في الثمن لا تجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط
وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا
كان المدعى به في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه
الا بالبينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه
لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد
يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم
القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعي عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك
يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث
فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تعدد به فلا بد من طلب المطالبة
فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب بحقه فلا بد من
طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وفي المطالبة يزول هذا الاحتمال
وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول وهو في يده بغير حق لان
العين في يده ثم اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى به حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه
لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة
لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا وكذا دينارا جيدا
او درهم جيد او رديا او وسطا الا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد
فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في كل جنس الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف قال
واذا صحت الدعوى. اي اذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له
وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او نصب ما هو حجة اي نصب
حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان
يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على
نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان
كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي حجة ان
تصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا لاحتمال الكذب فيها فاذا لا بد من
السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سأل
المدعي البينة لقول النبي صلى الله عليه وسلم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل النبي صلى الله عليه وسلم
ورتب اليمين على فقدان البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب
الصدق على الكذب واذا عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يعني به قوله عليه السلام
لك يمينه ولا بد من طلب الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه
قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه

حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للخصم فيكون اتواه بمقابلة اتواه وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتبنا اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيعطيها ليد القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا قامت البينة تشرع بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر ووجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا قام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة **باب اليمين** لما ذكر ان للخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** واذا قال المدعى لي بينة حاضرة اي اذا قال المدعى لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعدما عجز المدعى عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعى لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه وجعل جنس الايمان على المنكر به في قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء استدلالا آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي **قال** ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وتقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصور يقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث انه ادعى من الزيادة من السابق والقبض وسبق التاريخ وهو من تلك الجهة مدعى والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وكان الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاما على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى التدبير والاستيلاد ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع لان بينة تظهر ما كان ثابتا

في الواقع

في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تنفيه الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما يثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحد من البينتين للاثبات فترجح احداها باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الاولية للملك وهما تساويا في ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له قوله وكذا الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله على الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واختيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده رحمه الله **قال** واذا نكل المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة فلا دفع يمين المدعى لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر ولم يذكر النكول في جانب المدعى عليه فالاعتبار لكون الظاهر شاهدا للمنكر صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمين الى جانب المدعى ولهذا بدأنا في اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب

منه رد اليمين على المدعي فقال له ليس لك الى سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قايمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير متعين وقد يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لانه ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي ليتكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعي قال ويبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفا العدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه لان لنا خلافا فيه لمالك فيعيد عليه ثم العرض ثلاث مرات اولى وليس بشرط لجواز القضا بالنكول بل المذهب انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمناه ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شي منهما وانما ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فليشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي اطلب بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شي منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى بدعوى المدعي قال واذا كانت الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلا انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا تتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق على ما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوايد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيحلف بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندري بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصم في النصف الاول فانكر البايع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزم النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان

اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا قضى به والجواب ان النكول اما اقرار وبدل منه فرضه الاقرار على ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة انما وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ولابي حنيفة ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار والحمل على البذل اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال المدعي هذا الرجل يوذيني فدفعت اليه نفسي ان يبيتني قنا وقال انا ابن فلان ولكن ابحت لك ان تدعي نسبي او قالت انا لست بامراتك ولكن دفعت اليك نفسي وابحت لك امساكي لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا اذا استحق ما ادعى بقضاء كما لو صالح عن انكار ثم استحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا لكان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لانه بذله باطل الخامس يقضي بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يعمل فيها لان بذلها باطل والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعي يقول انا آخذه بانك ما وجب لك فوجبت بالقضا فاذا استحقت وجبت في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وساير المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بل يدخل تحت الاذن كاهدا المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا كما اذا قال اقطع يدي وقطعها كان آثما لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين ولم ولا يجب الاحتراز عن اليمين لان ابا حنيفة ترك الحلف المشروع وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فايدتها وهو القضا بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه ادا الصلاة لفوات المقصود وقوله ونايبه الاستحلاف القضا بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفايدة وقوله الا ان هذا بذل جواب سوال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لانه في معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان ما لا بد لهما بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين

جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك
ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فالاول ممنوع لان الدافع
مانع ثم لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به هاهنا اي في الدين ترك المنع
وجاز له ان يترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فهلا جعل في الاشياء السبعة ايضا كذلك
للمنع حتى يجري فيها اجيب بان ترك المنع في المال حين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان الحال فيها
بخلافه حيث لا تجري فيها الاباحة وجعل هاهنا تركا للمنع وفي قولنا الا ان هذا بذل لدفع الخصومة
غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في تعليل الجنس من تعريفه وهو قولنا لقطع
الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى **قال** رحمه الله ويستحلف السارق. اذا
كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز
ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي
الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على
المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يثبت بالنكول شيئان الضمان ويعمل النكول
فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يثبت بذلك اشتمال الحجة على الشبهة
ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان
المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى
المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس في ذكر
التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت
النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا
في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد
المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان
حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبيا
لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت امرأة حرة تربيه فقضى بها للمتقط بحق حضانتها وارادة
استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب
له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت
الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميلا على الغير وهو
لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب
في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما
تصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بذل او اقرار
فلا يتحمل الا في موضع يتحمل فيه الاقرار **قال** رحمه الله ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد. ومن
ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى

في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى
يقر او يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما
فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما
اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا واما
اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام عليها ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة
فانه لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا
تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث
يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاهنا لا يثبت بالنكول
دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع واذا انتقض لم يتعد فبقي الاصل وهاهنا
الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون شروعا بطريق
المنة المخصوص بالقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة
لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية
للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا يرى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك
الا من حيث اعمال البذل بخلاف النفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ
بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
لجاز قطعها من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اكل مال الغير اذا قال خذ مالي اجاب بقوله لا
انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقلع السن للوجع لم ياثم بفعله
وما نحن فيه من البذل اما الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين
احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش
بمراعاة حق المصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق
العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات وكالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا
يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص
ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي النفس ليس
بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا
عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة. واذا قال
المدعي لي بينة حاضرة في المصر واما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعط كفيلا
عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز التكفيل بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز
التكفيل فهو استحسان والقياس يابى قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور لمجرد الدعوى
مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعزر عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل بالحضور
نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما
التقدير بثلاثة ايام فمروي عن ابي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير

والنفس

منه هو الصحيح وروي عن محمد انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا يخفى شخصه بذلك القدر فيجبر
على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يوخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك لا يجبر
عليه واما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم
الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من
وجه اذ ليس كل غائب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة يتقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس
في ذلك ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر
ان شاء الله تعالى **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف** لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة
هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي تنوع به المشابهة والمشابهة صفة واليمين بالله دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم
قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ
قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم اعجمي وروي انه صلى الله عليه وسلم راى قوما مروا بامراة ورجل
سخم وجههما فسال عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال
انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على
جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم
المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضورها وهو مدفوع وقال الشافعي
اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند
قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك فيه تغليظ بيوم
الجمعة وبعد العصر وفيما روينا الحرج على الحاكم **قال** رحمه الله ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده
بالف فجحد هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل او السبب والضابط في ذلك ان
السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول
فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى
السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ان يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت
ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر
ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه
وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى
يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوعه لا يستبد عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة
الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه
بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها
او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه
في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى ونحو

وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس ما ولي بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي
لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يتمسك بما هو الاصل لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه
انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق
او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك
رده وما بينكما نكاح او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه
وعند ابي يوسف يحلف على السبب **قال** رحمه الله ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على
علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك
ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على
البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في يد
نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق مع انه
على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل
الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكر الموكل
يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات
ونقض بالتفصيل عن العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن
البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيين الحلف يرجع
الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على
علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود
المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان
معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قال**
ومن ادعى على آخر مالا ومن افتدى عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور
عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى
عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف
ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض
من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر في خلافته فقال المقداد ليحلف
يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها
كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما
منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على
جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لا يبطل حقه في اليمين
في لفظ الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه
بعشرة دراهم لم يصح وكان له ان يستحلف لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

باب التحالف راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد
لمناسبة الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري بانه اشتراه بمائة وادعى البايع
انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البايع بقدر من المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فان اقام
البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي
ومجرد الدعوى لا توجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فقال البايع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين
دينارا واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى الزيادة لان
وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر
يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو
قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار
واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البايع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما
وانما الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم
للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا ويقول للبايع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانهما ربما
لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكر فكل منهما منكر واليمين على
من انكر بالحديث المشهور فيحلفان واما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان
المبيع سالم له فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكر فكان القياس ان يكتفى
بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا ولقائل ان يقول هذا الحديث يخالف المشهور فان لم يكن مشهورا فهو
مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول
محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف اولا يبدأ بيمين البايع
لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم
الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم
في الذي يترتب عليه او لان فائدة النكول تتعجل بالبداءة وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع تأخرت
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو
في المنتقى وابن الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قال البايع ووجه الاستدلال انه عليه السلام خصه بالذكر واقل فائدة
التخصيص تقديمه لانه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكنه لا يكتفى بها فلا اقل

من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفا بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما **قال**
وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على
النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا
علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد فان تحالفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلبا او
طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد
من الفسخ لانه لما لم يثبت ما ادعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال
اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فما لم ينفسخ كان قائما قال في المبسوط
حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه
جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم
القول بثبوته لعدم المعارض **قال** وان اختلفا في الاجل واذا اختلفا في
الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول
البايع وقال زفر والشافعي يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة
الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود
عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند
الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار فان العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن
في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف
في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كا
لاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف
بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف
فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط وانما لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين
بواسطة الشرط والقول لمنكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لانه باعتباره لا
يختل به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم
يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمعنى سائر الدعاوي واذا اختلفا في مضي
الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قال** فان هلك المبيع
ثم اختلفا ● فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لم تفصل بين كون السلعة قائمة وهالكة
اما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما
في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه انهما تحالفا وان كانت السلعة

قايمة فاذا عنه ذلك يتميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال مشاهدة ولا كذلك بعد
الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما المعقول فما ذكره في الكتاب ان كل
واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة
فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فايدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه
يفيد التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها
البايع عليه بالنكول واذا حلف البايع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا
في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير يتحالفان ويلزم
المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما اذ الخلاف في احدهما
لا في جميع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر وهذا
الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قايمة ولا معنى له الا
انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى على انه لا معنى
على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لسلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع بحال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره ولا
يلحق به بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به
عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها لانه لا ينفسخ بالاقالة والرد
بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب
عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي
سلمنا ذلك لكن لا اثر له فيما نحن فيه لانه اختلاف في السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وهنا
ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البايع
شيئا ينكره لتجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في الحجر
المقتضي حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس
وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما انه
يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه انه لا يراعى من الفايدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم
ليس كذلك فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا
يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من تملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا في حال قيام
السلعة التراد فايدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس
وهذا اي الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات
الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما
يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قايم فتوفر فايدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان
مثليا او قيمته ان لم يكن قال واذا هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين

صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البايع بعتهما منك بالفي
درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ان
ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله
ان يترك حصة الهالك وقوله الا ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين
جميعا قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القايم ولا
ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا الا اذا ترك البايع حصة الهالك
فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا
اصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البايع
ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اخر زايدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء
الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام
المصنف يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية
بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان
بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو الثاني لان البايع لا يترك من ثمن الميت شيئا
ما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي وينفسخ العقد في الحي
والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي
وقال محمد يتحالفان عليهما وينفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع
التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر والظن
بجعل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو
الجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزايها والجميع
لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان
التحالف في القايم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن
فيودي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز وينقض بما ذكرنا اذا احد الدليلين المذكورين
في المتن لاثبات المدعى ينفي القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا
اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه
وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه
التحالف عند ابي حنيفة ايضا بخلاف هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان الصفقة في البيع
واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود تتفرق
تتجدد بحسب كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في البعض لا يتعذر
الباقي والثاني يبني الحاق ما بالدلالة وفيما اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرناه
ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله

ما باعه بالالف الى اخره وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده
ليس بشرط للتحالف واذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما او
يأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه
زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف
فمنهم من قال التحالف على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا اليمين بصفة ان
المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلفه وكان صادقا
وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا
يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه
دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه
دعوى المشتري وان حلف ينفسخ العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد
والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي
اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض
كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان
تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف
من قيمة القائم يجب على المشتري ثلثا ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة
القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه
تعيين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع تعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام
الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة
وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض
فكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض
وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل اوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد احد الى الجواب ثم قال والذي
يختلج لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد
وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما
فظاهر وكذلك في الميت منهما الا ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو
من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على
تقدير الفسخ في ما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب
اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا اعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية
وغيره من الشارحين واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا
اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لان لما انفسخ العقد صار مقبوضا

على جهة

على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة والفسخ
العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير منفسخ
نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم
الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة تقبل بينته لانه
نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك ولا معتبر بدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف في المقصود هو
ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياس من بيوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه
ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود بخلاف ذلك لان البائع اما ان يكون
مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما
جمع بين المتنافيين وذلك لان كلا من اليمين والبينة يبتني على امر جاز ان يجتمع مع الاخر باعتبار يجاز
اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على
الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده
بتزوير وتلبيس او غير ذلك واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال
نفسه وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر في
كلامه نظرا الى الظاهر دون اعتبار الحقيقة في الايمان يتوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال وهو متفرع على المدعى عليه فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والثابت انما هو لان المعتبر في
الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل الاتعليل والفرق يأتي عند المحصلين قوله وهذا اي
ما ذكر في الاصل يبني بعض ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته المذكورة في مسألة
الهالك المصنف **قال** ومن اشترى جارية • ومن اشترى جارية وتقابضا ثمنها وقبضها
ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع
الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ
سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول
الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع
المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه
من مسائل الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا
اختلف الاجير والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث
على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير
المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام
العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان
التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه يسلم

بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا
او غير مقبوض **قال** ومن سلم عشرة دراهم • ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة
في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة
في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا ترى ان
رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا
ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان
رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد
سقط بالاقالة قبل المعقود عليه فكان في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في
الفرق لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل
المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ **قال**
وان اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني
بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي
الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت
لانه مدع في الصورة وهو كاف لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعاه
او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط
وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ
النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان
عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع
والنكاح ليس في معناه حتى يلحق به لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هنا لا ينفسخ اجيب بان موجبه
البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو هنا موجود فيلحق به
وانما لا ينفسخ النكاح بالذي ذكر في التحالف وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح
ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل والمجوز
يخلص ومخلص غيره معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم
مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان
مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما قالت لذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر
المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف ذكر التحالف اولا ثم التحكيم
وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه يوجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط
اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا يقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف
به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما قول الرازي
فلا يتحالفان الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قول من يشهد له

اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في
النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر
ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا
ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما واقول
ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره صحيح لكنه اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق
ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له
الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن
لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل معلوم
ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل
حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول لما تقدم اول التسليمين عليه كما في
المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكر الخلاف لابي يوسف وهو
ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر
فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة
يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام
وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر
المثل تكون لها قيمتها دون عينها لان تمليكها يكون بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قال**
وان اختلفا في الاجارة • اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل الاستيفاء
للمعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه
بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة المؤجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في
المنفعة فبينة المستأجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو
ان يدعي هذا شهرا بعشرة وذاك شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة وان عجزا تحالفا وترادا
في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير
البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين
المستأجر لانه منكر لوجوب الزيادة وتعجيلا قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الاجير لتعجيل فائدة النكول
لان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الاجير ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده واجيب بان الاجرة
ان كانت مشروطة التعجيل فهو المستوي كما رأيته وان لم تشترط لا يحتاج الاجير الى تسليم العين
المستأجرة لان تسليم لا يتوقف على قبض الاجرة فيبقى انكار المستأجر الزيادة في الاجرة فيحلف وان
وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الاجير لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان اختلفا في الثاني
والقول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او
ما يقوم مقامه من القيم وليس كذلك فيهما يعني بوجوده في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى

زمانين. واما ما يقوم مقام فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بتحالفهما ان لا عقد
بينهما لا انفساخه من اصل العقد فلا يكون لها قيمة ترد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة
فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي
قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية
هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق
بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال
واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة • اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا
عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ
فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان
ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف
في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا
لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة لتحقق
عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون في الحال
مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان
العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر قال رحمه الله
واذا اختلف الزوجان في متاع البيت • اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة
والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي
المعجزة وهي ما تشد به المراة على استدارة راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار
وكالملحفة فهي للمراة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صانعا
وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها
اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو
للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه
تعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال
فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال
وينتقض بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما
فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال
ولم يشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الالات في ايديهما على السوية فجعلت
نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلف
ورثته مع الاخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه

يعني

يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان
كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى
هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج
واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام
مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان
حيا ولورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول
لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام
الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر اقوى يدا لكون اليد يد
نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح
للرجال فهو للرجل لقوة يده وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان
او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة
وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار
اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا
لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث و
اقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب
ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

فصل فيمن لا يكون خصما اخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات
قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق
لا من حيث القصد الاصلي قال رحمه الله وان ادعى المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه •
اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي
او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة
لا تندفع وان اقامها وان لم يقمها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل
صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا لا تندفع كما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود
فاما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه
ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق وفي الثالث كذلك
عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة وهذه خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى
وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة انفا وهو ظاهر الرواية وهو المذكور اولا لان المدعى عليه
اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه
اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس له عليه ولاية فاشتغل بشيء

في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب
ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن
نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها
اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر
الغايب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغايب انما
مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن
ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة
الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو
متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه
لا يصدق الا بالحجة لا يقال يلزم اثبات اقراره نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانه لاثبات
اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع
ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره
فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها واما وجه الفصل الاول فلان الشهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم
فوجب قبولها واما الفصل الثاني ففيه وجهان احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولم
يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي
الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الخ فصار
بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا اعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن [illegible]
صلى الله عليه وسلم انه قال للرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن
لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث
عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ ان المودع غير المدعى عليه فافادت الشهادة تقييد ان يده
ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف
خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب
عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث
نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة
في يد المدعى عليه والشهود يقولون هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في
الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب
خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيدفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل
واما اذا هلكت فالدعوى تتعين في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام
المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تندفع عنه الخصومة
قال رحمه الله وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من
فلان الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين

مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى
الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى
يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق
فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة
بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده
لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعه لم تندفع
الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار
كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر
انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل الا تندفع الخصومة
ربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ اجيب بان وجهه انه
اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور
سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين
للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين تقطع يده لظهورها قبل ان تصل العين الى المالك وكان
في جعله سارقا احتيال للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان
قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة
لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة
الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد
قبل الاثنين **قال** رحمه الله وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء
وهو السقط من الكلام والخطا فيه وفي قول اقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحدة
منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين
تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه
وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث
تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه واقاما البينة فقضى
بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء ان رجلين اختصما الى رسول الله في شيء
واقاما البينة فقال لهما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا
جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسول الله عليه السلام بينهما
نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار
لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق وايجاب الحق لمن خرجت له قرعته ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة

القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قال** فان ادعى كل منهما نكاح امرأة * دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان تكون متعاقبة او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما او لا فان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار ولو اقاماها فاما ان تكون في بيت احدهما او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امرأته لان التمكن منها او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض لواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فايهما اقرت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قول صاحب الوقت الاول اولى لانه يجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوجها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمرأة يجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الاخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضي له لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونحوه **قال** ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف معناه من صاحب اليد احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة واقاما على ذلك بينة من غير تاريخ فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد لهم بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء تركه لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحد كملا في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد في وقت اطلق له الشهادة به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء

لا يعود الا بتجديده ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم تنفسخ بسبب وزوال المانع وهو مزاحمة الاخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا ولكن في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما كان بعيد تبدّي زمانية فهو محتمل فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه وتأخر عن ظاهر فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد تكون مما تنقض اليد وقد لا تكون فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج اولى والجواب ان كلا من المدعيين ثم محتاج الى اثبات الملك لبائعه او لا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان تذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة تابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكرنا من الوجهين في ان الشراء اقوى وان ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضي به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال لان اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع بقضاء الحاكم

البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة اما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضي الكل لاحدهما
بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا الكل لاحدهما
بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين
عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها
قال رحمه الله واذا ادعى احدهما الشراء • اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها
عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة
فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري
عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات
مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل
اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة تجب
القيمة اذا لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عن هذا
بحاله المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما
سواء في حق ملك العين واذا ادعى رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا
استحسانا وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فكانت
اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد
التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان
البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام
الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين
ومن هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي
النوادر عن ابي حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق
في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية الملك
وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى ولو ادعيا الشراء من واحد واقاماها ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما
على السواء قضي به بينهما وان ارخا تاريخين مختلفين فتاريخ الاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع
له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك الا اذا كان باطلا قيل التحقيق
فيما ذكر في الكتاب من الحكم بينهما ان يكون البائع واحدا او اثنين واما التفاوت بينهما اذا وقتا احدهما
دون الآخر على ما سنذكر بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة لان الحكم
في سائر الاحكام بينهما يكون كذلك لو الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا وترتب عليها الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشراء من آخر كأن اقام احدهما على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء
لانهما يثبتان الملك لبائعيهما كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا

من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك وان وقت احدهما
دون الآخر قضي به بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر
اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت
احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا
اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين
ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسئلتين
وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال كمن يثبت له الملك بالبينة فهو كمن يثبت له عيانا فيحكم به الا
اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب
ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك
فتعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا
وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتنضما عن التعارض ولو ادعى احدهم الشراء
من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا
البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد
من مملكيهم قال رحمه الله وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ • وان اقام الخارج
البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا
القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي
اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك وكان التقدم والتأخر سواء كما اذا قامتا
بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا
وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي
اليد فان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي
اليد على الدفع صار ترجيحها ببينة بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها
لا تثبت التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الآخر فعلى قول ابي حنيفة
ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في
دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى وقيد بقوله ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل

اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين المتلقى من جهته وههنا وقع
الشك فى ذلك لانه يذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان الاخر تلقاه من جهته لامكان ان الاخر
لو وقّت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت
الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مورخ والاخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عند ابى حنيفة
خلافا لابى يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد
لانه لم يقل بذلك فلا الزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قولهما لا الاول ولو كانت العين
فى يد ثالث والمسئلة بحالها اى وقتت بينة احد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخر فهما سواء يقضى
بينهما نصفين عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف للذى وقت اولى وقال محمد للذى اطلق اولى لانه لاطلاق
دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاول
وملك الاصل اولى من التاريخ ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل
غير الاولية والترجيح باليقين ولابى حنيفة ان التاريخ يضام اى يزاحمه التقدم لان الذى لم يورخ سابق
على المورخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك
يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه
كان المورخ ايضا كذلك فاستويا فى السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يكون اعتبار
معنى التاريخ فيصير معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار قوله لحال التاريخ
عن قول ابى يوسف ومعناه انهما لما اتفقا على بعض الشراء اتفقا على الحدوث ولابد للحدوث من التاريخ فيضاف
الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال رحمه الله وان اقام الخارج وصاحب اليد
وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفى القياس
للخارج اولى وبه اخذ ابن ابى ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج يثبت
اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه ما وجه الاستحسان ان بينة ذى اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو
الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك
قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته
فى نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن
مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذى اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع
الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب والوديعة والاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج
اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل
وهو غير ثابت اصلا وكانت اكثر اثباتا فهى اولى قوله وهذا اى ما ذكرنا من القضاء لذى اليد هو الصحيح
واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان وتترك فى يد ذى اليد
لا على طريق القضاء لان القاضى تيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور
كنسله كونه ومكثه وصحة ذلك ان محمدا ذكر فى خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما

نصفين

نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد والجواب عن قوله القاضى تيقن بكذب احد
الفريقين ما ذكرنا فى شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء
الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل
يتبع الناقة والفائدة تظهر فى التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى
كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل وكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى
منه بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك
بينة فانه يقضى ثم لصاحب اليد فكذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب
النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقى من جهته
وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا يثبت
التلقى للاخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان
يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضى به الملك وثبوت الملك
بالبينة فى حق شخص لا يقتضى ثبوته فى حق اخر فان اعاد ذو اليد بينته قضى له بها لترجح البينة
ذى اليد على بينة الخارج وان لم يعدها قضى بها للثالث وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة
على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا وكان القضاء واقعا
على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لصيرورته
مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لانه باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع للبينة
الذى معه كان موجودا والقضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج
مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى ان لا ينقض قضاء
القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد
قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده
حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لانعدام ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض
القضاء الاول قال رحمه الله وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة • قد تقدم ان
القياس ما ذهب اليه ابن ابى ليلى ان بينة الخارج اولى فى النتاج من بينة ذى اليد وما ذهبنا اليه استحسان
ترك به القياس بما روى جابر ان رجلا ادعى ناقة فى يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو
اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يده فلا يلحق بالنتاج
الا ما كان فى معناه من كل وجه فما لم يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه بمنزلة دعوى النتاج كما اذا ادعى
غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى
لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزى وهى
كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى
ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق
به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره

خز قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ويلبس فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من غزله او ادعى دارا
انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا من
الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانه ليس
في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك
الغرس والحنطة والحبوب يزرع ثم يغربل التراب فيميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه
لا يلحق به فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبني الحكم
عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج
لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال
رحمه الله واذا اقام الخارج البينة على الملك • واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء
منه قضي لذي اليد لان الخارج وان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي فيهما
كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه واذا اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد
واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال
المصنف هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل
كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا
ينعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض
وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار
كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك فاذا
السبب انما كان مفيد الحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي
اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد ثم نقضي ... بملك الخارج
فلم يكن السبب مفيد الحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان
على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب
وان لم يشهد على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد
منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا
بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه
و ... هذا الاقرار تهاترت الشهود ... وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجوده
بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ...
احدهما اولى من الاخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن
لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن وان وقتت البينتان في العقار ووقت ... يكون
للخارج اسبق ... وقت ذي اليد فكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض او لا فان كان وقت الخارج اسبق
فان لم يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع
قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض

عنده فيبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج
باعها من ذي اليد بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى
للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما
اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف
جمع الوجهين في قوله فيجعل كان اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات
القبض واسلم ثم وصل اليه بسبب اخر من رعاية او اجارة باعتبار اثبات القبض قال رحمه الله
وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة • فاذا اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما
سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها
الا ترى ان الخبر الواحد لا يترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح
على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على
المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة
بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال رحمه الله وان كانت الدار في يد رجل •
اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي
بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة ان المدلي بسبب
صحيح وهو ما يتعلق بالاستحقاق من غير انضمام معنى اخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له
بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما
يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق
في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين
فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه واجاز المولى
البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على العول وعلى
المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى الضم شيء واما
على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة تتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه
بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه
واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا
فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء
بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فنقول لا منازعة لمدعي النصف لانه لا دعوى
له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الاخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليها البينة
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل
لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين
في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير

بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له
نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا
ولهذه المسألة نظائر واضداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف وقد ذكرناه في الزيادات ومن
نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون المشترك
اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين
والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فمن ذكرنا الاصلين
يسهل عليك الاستخراج **قال** رحمه الله ولو كانت الدار في ايديهما ● الاصل في هذه
المسألة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده ليكون في امساكه ظالما حملا لامر
المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف
لا يدعي على الاخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة
فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة
ذي اليد وبينة الخارج اولى فقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لانه لم
يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** رحمه الله واذا تنازعا في دابة
اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فترجح
وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ
لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي
بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او لسقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان
سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي
اليد قولا وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر
كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع فتبقى
الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قال محمد في
الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلا وفيما اذا كانت
على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلا فلا اشكال فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين
لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت
وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانه
لو اعتبرنا التوقيت بطل البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد
فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية تخالف ما روى ابو الليث عن محمد انه اذا
كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذي
اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بجيد لان
مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير

معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما
بغصب والاخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لان
الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد **قال** رحمه الله واذا تنازعا في
دابة ● اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه
اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه
فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية
فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في
التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا
تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير
به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو
بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه
ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء
فيترك في ايديهما وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما الا
بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط
وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي يثبت فيه المختط لم يثبت عليها تحول
الى اخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم القاضي وجها ازيل به اليد فلا يجوز القضاء لغيره لان
شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد
الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر
اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة
فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان
يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم يتكلم فهو عبد لذي اليد وان تكلم
فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال
انا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق فبطل الاقرار
بالرق من الصغار لا محالة واقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين
وحسبانه الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية
لا تثبت يده عليه وعند عدمها تثبت فيكون القول حينئذ قوله فصار كالذي لا يعقل اذا كان
في يده وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه
ونقض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض

لان الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول
بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت
ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه
واليد على من ذلك شانه تكون بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية
لم يقبل القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره **قال** رحمه الله واذا كان الحايط
لرجل واذا كان لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي جمع هردية وهي
قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث
يقال له بالفارسية وردوك فهو اي الحايط لصاحب الجذوع او الاتصال والهرادي ليس بشيء
لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق بخصاف وكذا اذا تنازعا فيه ولاحدهما
عليه حمل وللآخر كوز تعلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن
جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحايط من
مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحايط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه
وان كان خشبا فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب وادخل لا يكون تربيعا
وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحايط ومن هذا يعلم بان من الاتصال
ما يكون اتصال مجاورة وملاصقة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء
يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبنى
عليها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال
والحايط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضى بينهما
ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد
منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع
ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحايط
يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة
للآخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحايط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب الجذع ما
تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر محمي وقد اشار اليه المصنف وفي رواية كتاب الدعوى لكل
واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحايط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع
موضع جذعه من اصل الحايط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك
في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب بيات كما نذكر وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهو
موافق لما ذكره في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول والاكثر على انه يقضى به لصاحب الكثير
لان الحايط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله والقياس رجوع الحقول فهو لصاحب الثلث
يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحايط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين
لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنه استحسن

على الروايتين

على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان
الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبه والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحايط
يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع
لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجايز ان يكون
اصل الحايط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جايزا
واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان
التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف
بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع
واتصال التربيع في احد طرفي الحايط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب
الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومن وجه شمس الايمة السرخسي ويروى بان الثاني اولى لان
الحايطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء بكله لصاحب العدم القايل بالاشتراك ثم يبقى
للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر
برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحايط
المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي
واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما
في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون
احدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا
في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يلغى صاحب الهدبة واذا تنازعا
في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما نصفين
واجيب بان الهدبة ليس بثوب لكونها اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر لا يستحق
عنه الشرب بحاجة الى الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي تكثر الاحتياج الى الشرب فيستدل
به على كثرة تحرك فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سوا فاستويا في الاستحقاق
فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار
قال رحمه الله واذا ادعى رجلان ارضا اذا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها
في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا
يجوز للقاضي ان يحكم بما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لاثبات
ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على
خصم وحيث لم تثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد وان
كان خصما لغيره باعتبار منازعته في الملك كانت بينته مقبولة وقد اشار اليه بقوله لان
اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة

فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول
ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي اذا كانت الدار
في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي
ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف
ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول
الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج اليها لذلك وان طلب
كل واحد منهما يمين صاحبه ما في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض
لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقفت الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي
لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده
ونصفها الذي كان بيد صاحبه بنكوله واذا ادعيا ارضا يعني انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي
ذلك واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد
كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى
الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه **قال** رحمه الله
واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البايع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به
لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى
البايع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر فادعاه
البايع وحده فهو ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع
اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها
قبل ان ابيعها ولهذا لم تكن الدعوة صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى وجه
الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم
الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء يعني
عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه
ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمراة اذا اقامت البينة بعد الخلع ان الزوج كان طلقها ثلثا
واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جايز فيفسخ البيع
ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لانه دعوة
دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها
امية الولد باقراره ثم لا تصح من البايع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري
وان ادعياه معا يثبت النسب من البايع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق
حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير لان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة
التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البايع اولى لان دعوته

دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف تحقق الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة
استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك علوقا ودعوة التحرير
على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البايع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب وان جاءت به
لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا تصح دعوة
البايع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول ثبت
النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق
لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام ولد واذا لم تصر ام ولد له
بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري
وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صحت دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي وان جاءت
به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البايع فيه لاحتمال ان لا
يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام
ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح
دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى وتكون دعوته
دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان
ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البايع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة
معلومة اما اذا لم يعلم انها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما
فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البايع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق
في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة لاحتمال كون العلوق في ملكه والبايع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع
دعوة المشتري وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به
لاقل المدة كان النسب للبايع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته
فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البايع في وجه واحد فكان المشتري
اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري
صحت دعوته وان سبق البايع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل
واحد منهما **قال** رحمه الله فان ماتت الولد فادعاه البايع الاصل في هذا ان الاصل
في الولد لا يلحقه الفسخ بعد فسخ الملك فيه بالدعوة ويبقى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات
الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة
للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام
فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد واخذه لانه اصل والاضافة اليه
حيث يقال ام الولد واستفادت الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها قاله حين
قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابرهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها ولان الثابت
للام حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل مانع الدعوة لم يعتبر فوات التبع

ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام
الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر
المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام ثم ادعى
البايع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام لزم
المشتري وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري
اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استطرادا فانه كان حصل من
مسألة الموت والاصل في هذا الباب ما عبر به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة
العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما تقرر وفي الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام
المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الاصل
فان قيل لم تمتنع الدعوة من الولد لثبوت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما
اذا حبلت الجارية في ملك البايع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبايع فكان ينبغي
ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضرورته اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق
الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى
الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من
ابيه وليست ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا
هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البايع بانه ولده قام المانع بالاصل
وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي التبع قوله لما كان
الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البايع ومعناه ان الاعتاق من
المشتري يحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في انه لا مرد لهما لا يحتمل النقض
فليس لفعل احدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن
واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا
وبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة
ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورة حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول لما كان الامر كذلك
وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والاول رجح جانب
على العتق وهو المطلوب والترجيح خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان ثبت العتق في الاول لم يكن ضمنا فيه
وفي ذلك ضرر زايد فان عرضية البايع اذا ادعى النسب في الدعوى عنده كان ذلك سعيا في نقض
ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا يعتبر بقوله ثم الثابت بيان لترجيح الاعتاق على الاستيلاد
بان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية
والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالملك القديم مع المشتري بحق العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة
وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقة واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الترجيح
ان الحقيقة اولى ولجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة

شبهة

شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بالاستيلاء وهو مجتهد فيه فانحطت
عن درجة الحقائق فقلنا ياخذه بالقيم جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض
وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يرد عليه
بان ما نقل من الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن
هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما
ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرق
بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولد حيث جعلها معتقة المشتري او مدبرته
فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فلم يتصل به حكم الحاكم بخلاف زعم البايع فيبقى زعمه معتبرا في حقه
فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد
لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يتقرر حكم الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم
يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة
للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل
القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة والله اعلم
قال رحمه الله ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا احدث في الولد ما لا يحتمل
النقض لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتمال النقض وما للبايع من حق الدعوة
لا يحتمله فينتقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم
كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض لاجلها لا يحتمل بخلاف الاعتاق والتدبير
لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب
من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق ولقائل ان يقول
الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فكان ينبغي ان يكون الدعوة من المشتري
ومن البايع كذلك وتبيانه فان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي
بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة
البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى
الثاني ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير
لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة
يجوز ان يكون الغلامان توام وتوامان وقوله ويبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق
بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا
قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة
من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وههنا اي في مسالة التوامين يثبت بطلان
اعتاق المشتري في المشتري تبعا لحرية الاصل الثابتة في غير المشتري

بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله
الحرية وانما ابدل بما اشارة الى سبقها لتبيين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله
فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان
قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا
على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين وابوه الاخر فادعى
احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته
مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب
فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يجيء
مع دعوة التحرير **قال** رحمه الله واذا كان الصبي في يد رجل · اذا كان الصبي في يد رجل فاقر
انه ابن عبده او ابن فلان الغايب وُلد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا
حالا ولا مستقبلا اما حالا فلانه ظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما مستقبلا فلان الغايب
لا يخلو حاله عن ثلاث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول
لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لا تصح
دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب
عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سوا فصار كانه لم يقر
لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال انا
اعتقته فان الولا يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يقبل
وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة
فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض
بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين ثبوته و
المنع عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له بذلك
العبد لا يبطل شيء منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه
على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب
صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اورده
المصنف ذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله ومسالة الولا جواب
عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا تنتهض شاهدة سلمناه ولكن الولا قد يبطل بعد ثبوته فانه
يجر الولا من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة واما لا يبطل اذ اقر به سببه ولم يتقرر لانه على
عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولا موقوفا وقد اعترض عليه بما هو اقوى وهو دعوى المشتري
لان الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولا مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بجانب
النسب على مراتبه النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح حجة على اصل ابي حنيفة فمن يتبع

وخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره **قال**
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني · واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني
وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي التعارض
ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف
الاسلام مالا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام ما ينال الحكم به تبعا وحرمانه
عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقايل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد
مومن خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مما يوقعه الابرار في
الكفر بانه مع ظهور دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل
الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى
ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت
الايتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر
الاب مجوز للاتصال عدم الايمان الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وبترك الحضانة لا يلزم
رق فيقبلونها لاجل ترك النسب ههنا فات المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله
اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظر ونوقض
بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد
من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان
البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه
يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب
المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف
من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يتقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه
اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه **قال** رحمه الله واذا ادعت المراة صبيا ·
اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان
كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزام فلا حاجة الى الحجة
وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق
الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت
بالفراش القايم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة
فلا بد من الحجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا
يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم
من قال لا يقبل قولها سوا كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من يدعي امرا لا يمكنه اثباته
بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا ببينة

والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها امر ظاهر فلا بد لها من بينة والرجل
لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفائه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على الغير
ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما صدقه يثبت نسبه
منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر قال رحمه الله ومن اشترى جارية فولدت ولدا
ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح
فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول
وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا
في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان
الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب عليه قيمتها
واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث يفك الغلام
بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد
حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما قوله ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو
المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا يضمن الا
بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته
لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل
عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال للمستحق كما بينتم لانه حر الاصل
في حقنا لا رقيق في حق المدعي لانه علوق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما
قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب
ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله
كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته
لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع
وهو الام لان الغرور يشملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي
ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتعقبه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة
ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه على المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر والانكار
سبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا
بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يربح منه او لا
فان استربح منه فلا يخلو اما ان يستربح بنفسه او بغيره وقد ذكر الاسترباح بنفسه في كتاب البيوع
للمناسبة التي ذكرناها هنالك فيما قبله وذكر هاهنا الاسترباح بغيره وهو المضاربة وان لم يسترح فلا
يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فذكر حفظه
بغيره وهو الوديعة قال اذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في

اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشرطه
سنذكر في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع
فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب
الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ
بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم واما قصوره
فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا
والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة
باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد والنافي لصلاحية الحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان
العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود
والقصاص وكان هذا اعتذار عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر يلزمه
وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فسكت عنه فلم يرد عليه شيء ويحتمل ان يقال ليس
بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور
عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الخ ظاهر دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه
اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف
المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن لما يلزمها وهو دين التجارة
لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونه
معه ونفاذ اقراره في الحد والقصاص لان العبد فيهما يبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه
في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية
والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية
الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لان حكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما
فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري
قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها او بقي عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا
وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولا
وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط في النص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط
بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل
ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول قيل له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا
اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالبيان [illegible]
وفي بعض النسخ بصحيح اقراره وذلك لان الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ما له
قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل
فلا بد ان يبين ما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة
فان كان ليس على المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة

وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب ولهذا لو قال غصبت منه شيئا
وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ
ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فلا يجري
فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين حبة حنطة او قطرة ماء لا يصح
لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح
لانه مما يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده
وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما والجواب
ان ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله لتعويل
على العادة **قال** ولو قال له علي مال الخ اذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان
اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بينه لا فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان
ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا انه وصفه بالعظم فلا
يجوز الغاؤه فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه
يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به فان بين المال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي
الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثقالا وفي
الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر
محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة
لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عدد الا قيد له
اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح
على قوله ان يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني
ليس بعظيم ولو قال اموال عظام فالتقدير في ثلثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو
قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل
من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من
مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبما اقل منها كما في السرقة
والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة
في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها
حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة الدراهم مما يتميز تمييز العدد
واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده تمييز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة الف
درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا
كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانه اقل
الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا كلام
وينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة

لكونه

لكونه معتبرا في الشرع **قال** رحمه الله ولو قال كذا كذا درهما الخ كذا كناية عن العدد والاصل
في استعمال العبارة بالمفسر فيما له نظير في الاعداد والمفسر حمل على اقل ما يكون في ذلك النوع وما ليس
له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا كان له علي درهم واذا قال كذا كذا كان احد عشر وان ثلث
بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين وان ثلث بالواو كان
مائة واحدا وعشرين وان ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان على للايجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لانه
حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف وفي
نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله
لك قبلي فله قابلا عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب
وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع
الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في
يدي او بيتي او كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك
يتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة
او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين
والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى
على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال الرجل لي عليك الف درهم
فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما ذكر جوابا اذا لم يكن
كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاوليين بالكناية
رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما في الجواب بنعم لكونه غير مستقل حتى
لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور فيكون مستقلا كانه قال اقعد واتزن
للناس واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة ونحو ذلك وانتقد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني
فلان التأجيل في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة
والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي
سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على
نفسه وادعى حق التغيير فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق
في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السود صفة في الدراهم فيلزم
على الصفة التي اقر بها وقد عرفت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين
على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال له مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد
وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدرهم ايضا وبه قال الشافعي
لان المائة مبهمة والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان

وهو الفرق بين الفصلين انهم استعملوا مكرر الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العدد بنحو الثياب فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة وعينا المستقرض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا يثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيانا للمجمل لعدم صلاحية المعطوف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لان قال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لان المائة تميز بالثلثة صار العدد واحدا قال ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بسببين احدهما ظرف للاخر فاما ان يذكرها بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا او كلام ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والمنصل حديدة السيف والجفن والغمد والحمايل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة سرير بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كل من علم من الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء الكرباس عادة قوله على ان كل ثوب موعي وليس بوعاء معناه ان الجمع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منهما موعى باعتباره والوعاء الذي هو ليس بموعي هو مكان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان اخر كلامه لغوا وتعين اول الكلام محملا يعني ان يكون في بمعنى البين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لان اثره الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزنه قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط قال ومن قال الحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فلانة فاما ان يبين سببا او لا فان بين سببا حاملا ان يكون

صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عاينا لحكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لانه في الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل الى الجنين بعد الولادة وان جاءت بولدين فالمال بينهما نصفان ان كانا ذكرين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولي له عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطا ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور من النائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصح عند محمد لان الاقرار اذا صدر عن اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دية كان يحمل على الصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه حتى لا يلزم الشريك الاخر والعبد في حال رقه فيصير به كأنه صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وحق الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لانه من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح فلزمه ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا فمطابقته للواقع لا يعتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي بعد الثنيا ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال رحمه الله ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة

الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف في الاصول فاما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء
ونقل عن ابن عباس جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين ان يكون المستثنى
اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك
والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل
لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل
موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء
بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان
الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك
فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد
حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل
بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ
امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ
فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى
راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات
الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد
على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة
درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز
خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله فيهما في قول محمد وانه
يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو
غير مقدر لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا
هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع فعمل
المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه
شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقد زل الشارحون كلهم حيث علموا انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء
عنده تعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق
المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات
المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في
المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في
تناولها اياه حكما فقلنا يتناولها لما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهي الدنانير والمقدرات
والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها ثمن باوصافها فانها اذا وصفت
تثبت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمعنى المثلي
في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا بما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما

باشتراكهما

باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا
ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة
وما ليس بثمن لا يصلح مقدارا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة
المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء وللقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح
مقدارا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات
تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير بالاستثناء يقتضي حقيقة التجانس او معناه
باعتبارها من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك
في غير المقدرات قال رحمه الله ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ● ومن قال لفلان علي
مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف
او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق فعند
ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء
لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد بطل
وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعلق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق
انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح
وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر
الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه
المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال رحمه الله ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله
لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول اللفظ المستثنى منه مقصودا
ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى لما ان لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه
تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان
الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها
فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقطت حصته
من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا
منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار فيحصل الكل
صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما
الاخر كالارض والبناء فان كانا لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال

بنا هذه الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا
ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع
فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باصلهما فان كان للتبرع كقوله الارض
لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان
كما قال لانه في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح قال رحمه الله ولو
قال له علي الف درهم من ثمن عبد ● ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه
فاما ان ذكر عبدا بعينه اولا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شئت
سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة
وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم تسليم
العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه لذلك فان حكمنا
بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما
بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم
ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال علي الف غصبته منك وقال لا بل اقرضتني
مني ولا تفاوت فهذا بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك
وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر
له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر
يأخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد
آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر
ينكره واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني فلزمه الالف ولا
يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح
رجوعا المكلم على وانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة
كانت كالجهالة حالة العقد او طارية كما اذا اشترى عبدا ونسيا عند الاختلاط بامثاله
توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول الكلام
اقرار يوجب الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة اولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي
وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق
لان اول كلامه موجب واخره قد تغير لانه يحتمل انتفاؤه على اعتبار عدم القبض فكان بيان
تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا الخ وانما عبر
عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد قوله وبه لا يتأكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب
البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب على احتمال قبض المبيع في حين التردد لانه ربما
يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض

والمقر

والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط
لا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء وعدم الربط
فالمعنى لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس
فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد
السبب لا يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ولو قال ابتعت
منه وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله
بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما
لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا هو مفهوم كلام المصنف
وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال
رحمه الله ولذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ● ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف
ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الالف
ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه
بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة
شربها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا
فصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين
اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فصيغة
التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا
ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او اقرضني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد
لزمه الجياد عند ابي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق وان فصل لا وعلى هذا الخلاف اذا قال
هي ستوقة او رصاص لكن على اصح قولي ابي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا
اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما
انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد ولكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به
في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فاما كان
يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط
والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد
يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد ليكون دعواه بيانا بل رجوعا
عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري بما بينا
ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من
محتملات العقد فكان دعواها رجوعا قوله وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه
انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء
الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة

من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تبعا فبان على موضوع واورد عليه
بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما علم انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب
بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة
السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد
لانه لا دلالة على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين انها جيدة او وسط
او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول الكلام فصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي حنيفة
في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا
على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيوفا كما في الغصب وجه
الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هو المتعارف والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد
بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر
والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال الغلة على التحريم زيوف
ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق بالاجماع
اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما ينصرف الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف
لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتحققها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم نصا رهذا وما ثبت بسبب تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا
ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد
ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون
بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم
عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا
ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة كما في
متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك
ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك
لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتنافيهما لكنها تنافيها
تنافي التضاد فكانت عيبا لانه ضد السلامة عيب واذا لم يقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم
لاحتمالها اياها احتمال الجنس للنوع هذا والله اعلم بالصواب قوله وكذا اي ولاجل ان لا مقتضى
في الجياد لو جاء اذ المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة
المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا
بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو قال بالمغصوب والوديعة ثم قال
هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن الكلام يحتمل مجازا
فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال فهذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا
الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة

انقطاع

انقطاع الكلام فهو وصل لانه لا نفاد عنه باعتبار التكلم بكلام كثير وبذكر الاستثناء في آخره
ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه **قال** رحمه الله
ومن اقر بغصب ثوب • هذه قد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال لآخر اخذت
منك الف درهم الخ اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله اخذت ونحوه او على فعل غيره كاعطيت
فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان مثل ان يقول اخذته وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان
كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما
في الاولى تواتقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان
القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن
والفرق ان في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني
ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا
بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان
وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر لانه اذا
كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره
سببا لاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع
فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له
وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية
ثبوت اليد بانه باي طريق كان كما لو قال ملكت عبدك لكن الى لم اقبض الثمن ولحق الحبس كان القول
له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعة كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وانه لم
يصنع فيه الى صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس مدار الفرق اشارة
الى الرد على الامام التمرتاشي فيما ذكر ان الرد انما يجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها افرضتها منه
فيجب جزاؤه وضده الاخذ الرد وقال في الاجارة واخويها اي العارية والسكنى فردها على كان
الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا
ذكر في كتاب الاقرار بلفظ الاخذ في الاجارة واخويها ايضا فانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا
اي الله ذكر في الاجارة واخويها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته
الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم
فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون فهو الاقرار
بقبض مال مضمون فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر
ينكرها ههنا يعني في صورة الاجارة واخويها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها
فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن
التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة **قال**

رحمه الله واذا اقر المريض في مرض موته • اعلم ان المريض المديون ولزمته ديون في حال مرضه باسباب معلومة
مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امراة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب
فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين
المرض سواء وكان بسبب معلوم او لا لاستوائهما في سببهما وهو الاقرار الصادر عن اهله
اذ الفرض فيه المضاف الى محله وهو الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة او
مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار
عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من
التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي
هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانا متساويين
لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح
وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فكان
يضاف الى اخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب
عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية لانه
غير ممنوع عن الحوائج الاصلية وان كان بغير دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية
قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة
على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان امراة رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال لان الحال مما لا يوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل
حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بماله لما
بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما اجاب بقوله
وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعلق حق
الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى
فان قيل سلمنا ذلك لكنه اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله
كما لا يصح في حق غرماء الصحة كذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله واخره
بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر
الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حال اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان
فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار
في اخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون
المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاينة لا ترد
فيقدم على المقر به وحكمه مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا انه من الحوائج

الاصلية

الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال رحمه الله ولو اقر بعين في يده
لاخر لم يصح لان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه فيمتنع عن ذلك لتعلق حق الغرماء بالعين
في المرض كالاقرار بالدين فيه يمتنع عن ذلك لتعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي
دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال
حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا
وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامح
بالابراء بعد موته ويخاصمه في الاخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود ولنا ان النظر لنفسه
انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض
ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة
او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله
من محل الى محل يعدله ارايت لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع اكان يمتنع سبيله منه
للرد ورد عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فان قضيت الديون
المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح محمول
على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد في حق غرماء الصحة واذا لم يبق لهم حق ظهر صحته واذا
لم يكن عليه دين في صحته جاز اقراره وان كان يحل المال العدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له
اولى من الورثة لقول عمر اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف
المريض على الثلث بقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر اجيب بان ذلك
في الوصية وما في معناها والاقرار بالاجماع ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين من
الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ
عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال رحمه الله ولو اقر المريض لوارثه لا يصح •
واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي
في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع
عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة
للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضره الوفاة الاب قال استهلكتها
ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف
المريض انما يرد للتهمة ههنا الا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن شمس الائمة
قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر وهو ما روي عنه اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا
ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس
ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض

به ابطال حق الباقين وتذكر ما اوردنا بالاقرار بوارث آخر وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض
حالة استغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار
لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقربا
بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعليق لم يظهر
في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس
عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع
الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح
ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولئن لم يظهر في حق
الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعليق حق بقية الورثة
فان صدقوه فقد ابطلوه فصح الاقرار **قال** رحمه الله واذا اقر لاجنبي جاز • وان
اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة
معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه
الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له الثلث
في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى يأتي على
الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله
صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ما لم بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان
ينفذ وصيته من ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرفه الخ
وكما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض
وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا **قال** رحمه الله ومن اقر لاجنبي الخ • المقر له
اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون
وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره وما الغير فاما ان يكون سبب الارث
مما يستند الى وقت العلوق او لا واما ان يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث فيما بين
فذلك ثمانية اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع
وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان لانتفاء الحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد
ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا
لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا وقد اقر لها
بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار لقيام العدة فلعله استعجل ميراثها
وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في
الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات
الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح
كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره

بخلاف

بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا
اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا
في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار
عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله
فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان
ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فانا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد
المتجدد قائم مقام الاول في تقرر صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال
زوال النكاح فلم يصح الاقرار **فصل** ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد
ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلاثة شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا
في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر في
اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في
باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو
ملزم خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته
قال رحمه الله ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد • هذا بيان ما يجوز الاقرار
به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان
اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس
فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل
كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض
للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي
ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله
اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج
والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالاب
والزوج ومولى العتاقة والام في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد بها
فذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى بين
به ان اقرارها بالولد انما لا يجوز اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا
يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة
شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا تكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان حكمه يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية

بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باقٍ وهو العدة فانها واجبة بعد الموت من
اثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان
الارث من احكام النكاح وهو مما تبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة لا يصح
لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه
معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق
هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيمنع
التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
الى اول الاقرار ويعتذر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز
ان يعتبر النكاح المعاين قايما باعتبارها فكذا القريب واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون المراة
كتابية فلم يعتبر قايما باعتباره

قال رحمه الله ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد ونحو
اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حملا على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا
كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث
من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه
اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ما له بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على
نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه
استحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان نحو قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على
ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن
ابي حنيفة وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما ذكرنا من
الاصل ان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت
وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه الاخ المعروف فيعطيه
المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين نصف
في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بجحده
ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية

قال رحمه الله ومن مات وترك ابنين
ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللاخر
خمسون بناء على ما ذكرنا من ان الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت صحيح على نفسه ولا يصح
على الاخ بما لم يعلم ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما عرف ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث
بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو
المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا ايضا وعورض بان في صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم
قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما يكون بعد وجوب الدين واذا اقر
المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل

زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان زعمه ان المقبوض على التركة كما ان زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف
به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على
كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع عليه اي المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم
الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه
لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع
لتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل
ان يقول لما كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه
اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره
ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله تعالى اعلم

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح
الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه في التقرير من
وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنها الاعتياض وسيأتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا
والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك
الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط البعض
الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال
ذلك الغير بعت لا يتم بالبيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم
او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان
مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك او لا وانواعه
بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية
على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

قال رحمه الله الصلح على ثلاثة
اضرب ● الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا
وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا
وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان قيل الاطلاق لو وقع في سياق
صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب
بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر المتخلل الى لا جناح عليهما ان يصلحا الا ان
الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصلحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير
كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح
المودع وصلح من ادعى قذفا على اخر وصلح من ادعى على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى
وهو متيقن اجيب بانه ترك العمل بالاطلاق في بعض الصور بانه لا يستلزم تركه عند عدمه وقوله
صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز

مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان
المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهو حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول
ما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او
حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل بصدره
وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كل صلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا عن بعض
الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حلالا على المدعى عليه
منعه قبل وصل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة
فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولان المانع اما ان يكون من جهة
الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك
مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية
الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله
الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض فانه غير مشروع كما
اذا دفع الرشوة حتى اخرجها الوالي الى احد الورثة عن الارث واما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه
فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل ففي هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكره
وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه
لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة وهو هنا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي
اذ في زعمه انه صرف لانه صالح عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس **قال** رحمه الله
فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات
لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار
ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان
الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول
على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في
ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما
مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول
على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان
يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم
كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول فان
احتيج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة
المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع
الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات

لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز
استحقاقها بعقد الصلح واذا صالح على سكنى بيت بعينه مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت
لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح
بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء
اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل
العقد الواحد كيف يتصف بصفة كيف يتصف بامرين متقابلين اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في
حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح
فان حكمه الحل في حق احدهما والحرمة المؤبدة في امهاتها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في
الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهي الاصل **قال** رحمه الله واذا
صالح عن دار اذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي
المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء
يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها عوضا عن المال
فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها
من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي
بحصته المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع
ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام
المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق
ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال
الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على
غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى [illegible] اليه شيئا بطريق الصلح واخذ
الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال الذي دفعه
غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع
الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو
مختار في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده
واذا استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته للمستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في
اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة
فلتخلي العوض في هذا المقدار عن غرض المدعي ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع
بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق
بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله

او بعض بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح
اما اذا جرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا
العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان
اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم
البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اى فصل الاقرار والانكار فان كان اقرارا رجع
بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى **قال** رحمه الله وان ادعى حقا
في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى
دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على
على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن العين باطل فكان وجوده
وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية وزعم
ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا
العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم
من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى تشترط
المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول بعض حقه اليه باعتبار بدله عينا او
منفعة قال المصنف والوجه فيه اى الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد درهما
في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت
من دعواي في هذه الدار فان صح المصادقة لبراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء
ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي وخصومتي في هذه
الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان لا عن الاعيان
وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن
الواقعات في تعليل هذه لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره
في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون بريئا ويعلم من هذا التعليل ان
قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه مع غير المخاطب وهو ظاهر **فصل**
لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز
قال رحمه الله والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب
حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فان كان عن مال
كان في معنى البيع كما مر وان كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره فمات وادعى الموصى له السكنى
فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والصلح عن
جناية العمد او الخطأ صحيح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال [illegible]
وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح

فاتباع

فاتباع اى فعلى ولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اى على مجاملة وحسن معاملة واداء
اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن
جناية القتل العمد واما المعنى الاخر وهو مروي عن علي وابن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه
في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين
مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب
حصصهم بالمعروف اى بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اى فليؤد القاتل الى غير العافي
حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب بظاهره فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح
قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى ان كل عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من
حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي
والا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالح على سكنى داره او خدمة
عبده سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك ابدا لم
يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو مستلزم
الا يرى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صح وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان
يعفو عن عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق
مالا منصوص عليه بقوله ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكونه
العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص
آخر وقوله الا انه عند فساد التسمية استثناء من قوله انما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن
اى لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان
الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار
الى بدل ما حاصل له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه
بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم ما لا متقوما صار ذكره
والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب
مهر المثل في الفصلين اى في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح
ويجب مع السكوت عنه كما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم ومن ضبط اصول الفقه
وتحقيقها ان المهر من ضروريات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا كما لو لم
يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال
فانه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح
بدلا عفو ممن له الحق فصحة وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح
عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا اى الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة
على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل الذي هو
في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل رشوة حرام واما القصاص فانه ملك المحل في حق ما يتبع من حيث

بفعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة
لانه يبطل بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت
بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بنفسه من الدار بحصته
من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة
بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول له وصالح
الكفيل على شيء من المال على ان يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال
عليه وان في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص
وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية ابي سليمان
لا يبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة الى المال فاذا حكم من هذا الوجه فاذا رضي له ليسقط حقه
بعوض لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيوع
الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد
فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا تصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي
لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه
تقدير شرعي فكانت الزيادة ثابتة لا لان بدل القصاص ليس بمال فكانت الواجبات لا يقابل مالا ولكنه شبه
النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد
كما اذا قتل عمدا واخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية
وما بقي فلصاحب العمد لكن عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب
الالف الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على
قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل
الصلح ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من
مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وغيره من ان يكون واجبا بجهة النص فكان
ما يعطى عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليها ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا
قال رحمه الله ولا يجوز عن دعوى حد • الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز
فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال
ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير
لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا انه ابنها انه
ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق
فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشرع
رجل الى طريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز لفرد واحد منهم الصلح
وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز

لانه

لان الطريق مملوك لاهلها فظهر في حق الافراد والصلح منهم مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به
الى تحصيل رضى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم
ليترك الظلة جاز اذا كان صلاحا للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشرع
العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح وحق القتل من داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه
حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص **قال** رحمه الله واذا ادعى رجل على امرأة
نكاحا • هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت
النكاح فصالحته على مال بذلته له حتى تصحح خلعا في جانبه بناء على زعمه وبدلا للمال لدفع الخصومة
وقطع الشغب ووطء الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لانه قد جرى
كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه فلا يحل له ما اخذه بينه وبين الله
تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلم بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة
وفي عكس هذه المسئلة وهو ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف
نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول انه يجعل كأن الزوج اعطاها
بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها وجه الثاني انه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى
منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان
عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواه على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء
يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقر
المقر له ليس شبيها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح
على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا فيما يقابله ما ليس بمال كالنكاح والدية وتعلقها لا يجوز السلم
في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لقطع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت
الولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان
صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم
يجز سواء كان عليه دين اولا وان قتل عبد له اي للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء
كان عليه دين اولا والفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا وان
جاز اجارة فلا يجوز له ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في
حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال المولى بدون اذنه لا يجوز فكذا هذا اما
عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل
عن ملكه فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كان شراءه وهو يملك ذلك
بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فلذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب
فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا والكساب له بخلاف المأذون له فانه
عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح
لانه لما صالحه فقد عفا عنه بدليل خضوع العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لانه صحيح

عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل موجل يؤديه بعد
العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله ولا ان يبيعه بشيء ما لم يعتق فكذا هنا قال
رحمه الله ومن غصب ثوبا يهوديا ** يهود قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي
وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فمعناه من غصب قيميا
معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقد جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل
الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لان المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي
احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانت اكثر من قيمته
او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم الكالي وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن
الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز
الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقد لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة
وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا
ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس تكون ربا
بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه
يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك
باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في الضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد
هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد صار باقيا كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي
وقع عليه الصلح عوضا عن ملكه في الثوب او العبد فلا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد باقيا
ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فهو الاصل
وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضروريا لدفع الضرر
العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل فلا يكون ربا
وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة
انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل فحينئذ يصار اليها وتمكن الجواب
عنه بانه فعل ذلك اشارة الى المثل اذا انقطع حكمه كالقيمي ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله
اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا فاذا قضى بالصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل
الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الحاصل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب
جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على
اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على اثره كالدين والدين
بالدين حرام حتى لو صالحه على خمر كما لو جاز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على
الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك لم يصح لانه ملك
من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضي قيام حال الحقيقة لكونه مبادلة

مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضي قيام
المال المتقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الى آخره ظاهر والمراد بالنقد حال وفي العتاق من
قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن
ان كان موسرا او يسعى العبد

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف
المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع
قال رحمه الله ومن وكل رجلا بالصلح عنه ** ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم
الوكيل ما صالح عنه اي عمن وكل عنه في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه
الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي عليها وهذا كما ترى
يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان
لا الوكالة قال المصنف وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض
ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه
لانه حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع
فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة
على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتاويل المسئلة من قيد آخر وهو
ان لا يكون المصالح في المعاوضة على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح
على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز من الاجنبي بجوازه من الخصم
قال رحمه الله وان صالح عنه رجل بغير امره ** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة
اوجه ووجه ذلك ان الفضولي اذا عقد الصلح على مال اما ان قرنه بذكر المال ضمان نفسه او لا فالاول هو الوجه
الاول والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان يسلم المال المذكور
او لا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجه آخر وهو ان يكون المال المذكور
خاليا عن الاضافة اما معروفا او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجها حكم
وبقي وجها حكم المعروف ولكنه عرف وجه حكم المعروف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعروف غير
المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح
وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي
والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا الضمان
اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه
لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح
شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي
في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء
يتملك بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او
منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه انه لا شيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا

فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادعى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين
تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقر فان المصالح
يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في غير يده ووجه الرواية
الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ فقال بعضهم
بمنزلة قوله صالحني على الف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال الصالح صالح فلانا على الف درهم من
دعواك على فلان فانه فيه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وما في غير
ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى تحرير

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان
الخصوص ابدا يكون بعد العموم **قال** رحمه الله وكل شيء وقع عليه الصلح • بدل الصلح اذا كان
من جنس ما يستحقه المدعي عليه بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق
واسقاط الباقي وقيل بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك لذلك احمل الامر المسلم على الصلاح ولو كان له على
آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة ولكن له على آخر الف درهم [illegible]
على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه
الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسألة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على
الف مؤجلة صح ويحمل على التأخير لانه في معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها
نسيئة وهو ربا فانه لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح
لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في
مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز ولو
كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا
بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة
بمقابلة خمسمائة مثلها من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام
روي ان رجلا سأل ابن عمر عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربا وهذا لان حرمة ربا
النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقته ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه
على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان ادون من حقه [illegible]
اسقاط كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة
فلا يمكن حمله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا فان قيل الا اذا كان
حقه الف درهم بنهرجة فصالحه على الف درهم بخمسة فعل [illegible] فهو اجود من النبهرجة وجاز الصلح
والزيادة موجودة اجاب بقوله وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل
ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال
كان ربا كالمسألة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا واما اذا لم يقع في مقابلة شيء
فالجيد والرديء سواء كما بيناه ولو كان له على آخر الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او مؤجلة

صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا للكل
وتأجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح
على الحطيطة والحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة **قال** رحمه الله
ومن له على آخر الف درهم • ومن له على آخر الف درهم حالة فقال ادِّ الي غدا منها خمسمائة على انك
بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقيل هو بريء في الحال ويحتمل ان يكون معناه فادى
اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده الا انه جعل اداء خمسمائة
عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان محل المعاوضة ان يستفيد كل
واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده اي وجود جعل الاداء
عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة
من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته
اي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه يبقى على
العدم الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة
في الغد وانه يصلح غرضا حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من
حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان
مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا
لتصرفه وكان منهما قول بموجب العلة اي سلمنا انه لا يصلح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون
مقيدا بوجه آخر وهو الشرط قوله او لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل
كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف
بان يكون تعجيل البعض مقيدا لابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم
تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق جواب عما يقال
تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول الغريم او الكفيل اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي خمسمائة
فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما
متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق
يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد
الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك
ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق
والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض
جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشروط وتعليق التمليك باطل كالبيع والهبة لما فيه من شبهة
القمار الحرام والابراء له شبههما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق
بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط

وذلك اذا لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند
فواته كما في الحوالة وقوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيعود بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته
كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة
المحيل وقوله ويستخرج البواقي بالابراء وعد بالجواب عما قال ابو يوسف كما اذا بدأ بالابراء وان لم يكن
ماذكرت لك فهذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة
ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول
وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء اولا فان بدأ به فهو الوجه
الثالث وان لم يبدأ به فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس
اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج البواقي مبني
على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فانه قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك انه اراد
عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيد به وزال الاطلاق فلا يزول
الشك فبطل به الثابت اولا وفي عكسه عكس ذلك والرابع وجهه انه لما لم يوقت للاداء وقتا ظهر
ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصح ان يكون في معنى الشرط فيحصل به
التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان
الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك علي حتى تؤخره عني او تحط عني بعضه ففعل
اي اخر او حط جاز عليه يعني نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال لان ذلك وفيما
انحط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال هو مضطر في ذلك الى ان يفعل لانا نقول
لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام لدفع الجوع قد اضطر كان بيعه نافذا
ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد قال
رحمه الله واذا كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه
على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب من الشريك الا
ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار للشريك في اتباع الغريم وشريكه القابض واصل هذا
ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض دراهم كان
او دنانير او غيرهما لان الدين ازداد حسنا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه
الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة ولصاحبه حق المشاركة فيه فلذلك فان قيل اذا كانت
زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمن والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين
التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة
القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرّف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع
صفقة واحدة وثمن مال المشترك والموروث بينهما وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة

بالوصف احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع
الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن
للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلم تثبت الشركة
بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة
بل ينبغي ان يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته
لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه بمائة ونصيب الآخر بخمسمائة ثم
قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق
الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترطا ان احدهما ان
يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه فيما قبضه
لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه
شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفت هذا وتنزل عليه
مسئلة الكتاب هذا اذا صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه
فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء
الباقي عليه كما كان من الشركة قال رحمه الله ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين ثوبا لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس لشريكه مخيرا بين دفع ربع
الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بينهما لان لشريكه
الثوب وما كان له على الغريم كملا اي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة فلم
لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح بتضمين
ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على
الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان بعوض دين
مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي
ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا ينافي
ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة انتفى ما يتوهم من قسمة
الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المقاصة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمته
شيء تقع المقاصة به فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة
فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود
وشراء السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن
لحق المشاركة فله ان لا يشاركه لكيلا ينقلب ما له عليه فانه خلف باطل فلو سلم الساكت للقابض
ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم ليسلم
له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لهذا وكذا

كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاضٍ
بنصيبه لا مقتضٍ بناء على ان آخر الدينين قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب
والقضاء لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت
قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرة دراهم فابرا احد الشريكين
عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح
عند ابي حنيفة خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره مصنفه الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة
الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف قد اطلع على
رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التاخير لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم
قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتاجيل
وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض
ولقائل ان يقول بتاخير البعض هل يتميز احد النصيبين عن الآخر او لا فان تميز بطل قولكم وذلك
لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا ولكن يجاب
عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز
احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فعلى هذا يجب ان لا يجوز ابراء احدهما عن نصيبه وذلك
الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي
وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان في القسمة
لزم ما ذكرتم وانما هو دفع الاشتراك او الاتحاد او ما شئت فسمه وذلك على ما قلنا نسلم انها تقتضي
وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز احد النصيبين لتحصيل المنفعة بما لا يشاركه فيها الآخر
وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمها لاعتبار الموضوعات الاصلية
ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك يقع
بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا
او سكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض المال من كل
وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعلها لا من كل وجه عند ورود العقد عليها ولذا الاجارة
عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيبه
واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لضمان الاحراق انه
مضمون فكان كالمغصوب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا
ولابي يوسف انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه
لو جنى على عبد المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى
واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا
مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية
وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو في معنى [illegible] دين

المهر

المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على
نصيبه عن جناية العمد كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه قيل وانما
قيد بقوله عمدا لانه في الخطا يرجع عليه واطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على
حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وادعى انه قيده بذلك لان الارش
قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء **قال** رحمه الله واذا كان السلم بين الشريكين
اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من رأس
المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان اجاز جاز
وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما ولم يجزه فالصلح باطل
وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل
جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا
وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم
ولابي حنيفة ومحمد وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين
فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تمييز
الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه
قوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع فيه على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء
العين فانا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة
الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم
اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح
لشاركه في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهو مشترك بينهما واذا شاركه فيه يرجع
المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح
ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصيبه
فان شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب
بانه اخذه بدل الدين واخذه يؤذن بتقرر المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد
منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود
بدون تجديد السبب قالوا ان المتأخرين من مشايخنا اختلفوا في ان هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا
رأس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء
نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين ان
يكون رأس المال مخلوطا او غيره وقال الآخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه
الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا شركة
عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين
في صورة خلط رأس المال او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر

في الكتاب مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف وهو
قول ابي حنيفة ومحمد وظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لانه لا شركة
للشريك في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط او لا

فصل في التخارج

التخارج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم
ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسبب
التخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسألة
ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة والله اعلم **قال** رحمه الله واذا كانت التركة بين
ورثة فاخرجوا احدهم • واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه
حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود
كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم
يجعل ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته
من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لانها تمنع
عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذه لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كمن
ادعى غصب من فلان شيئا او وديعة واشتراه من المقر جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج
مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان امرأة
من نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث
وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها ثم صالحوها على الشطر وكانت
له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف
ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخرجت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الفا والمذكور
في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا
او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا
غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض
السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان
يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب الآخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره
دون العكس واما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى
المكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة
وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة وان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم
مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض وبعض الدراهم
واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء العام
لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بعد

الصلح

الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر
الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان للدعوى البطال حيلة
لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل
او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيف
ما كان صرفا للجنس الى خلاف جنسه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال** رحمه الله
واذا كان في التركة دين على الناس • واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على
ان يخرجوا المصالح عن الدين ويكون الدين لهم باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلانه
فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة و
الحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط
او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخر ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي كلا الوجهين
ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني
لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو
لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك
مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك
الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وهي غير
معتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل
او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء
عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست
مفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فلم تحتج الى التسليم حتى تفضي
الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك
وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان
الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو
فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه
الاستحسان ان الدين يمنع ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة
قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة والله
تعالى اعلم

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار
فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان
المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون
من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا

للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه
خالي اليد عن المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني و في الحقيقة
راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقا المقدور بتعاطيها وركنها
استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ
هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان وشروطها نوعان صحيح وهو ما يبطل العقد بفواته وما
يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة
بعد الربح قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم بيان ان ثبوتها بالسنة والاجماع فانه عليه السلام
بعث والناس يباشرونه فقررهم عليها روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط
على المضارب ان لا يسلك بها بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك
ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم امر تثبت به
السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة من غير نكير فكان اجماعا **قال** رحمه الله ثم
المضارب امانة في يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر المالك لا على
وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة
وهو في ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر المالك فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله
شايع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيستحق ما شرط له
من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت فيجب اجر المثل وذلك انما يكون
في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** رحمه الله
المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال
عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما ذا فسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح
لان في راس المال مع الربح لان راس المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب
المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة
عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط
للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم
او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف او فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في
كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالربح وكل منهما يقبل الاضافة الى
زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة
اذا قال للمضارب اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما
اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج
عند ابي حنيفة لان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة بالبيع والشراء
كما في الوكالة حيث قال لمن له عليه الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الاخر واذا لم يصح

كان المشترى للمشتري والدين بحاله واذا كان المشترى للمشتري كان راس المال المضاربة
من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشترى للامر
فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قال** رحمه الله ومن شرطها ان يكون الربح بينهما
مشاعا ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم
من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف
له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الاخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله
اجر مثله لفساده ولانه ربما لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه
عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع
تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نما ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل
يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف قيل
والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه
وقال محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير
واجرة الاجير تجب بتسليم المنافع كما في اجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه وبتسليم
العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة فهي الفاسدة اولى فان قيل ما
جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يوجد حكمه من الصحيح
من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل
انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة
فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فلا ضمان فيما
عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار بالصحيحة والثاني
ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به وهو له غير ضمان كاجير الوحد وهذا التعليل
يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يواجر نفسه في ذلك الوقت
لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت كما لا يمكن لاجير الوحد
ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا
قول ابي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا
بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غيره والاجير
المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي فالاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب
صحيحا وفاسدا امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان يكون امينا وله
ولاية جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة
اراد ان يشير الى ذلك بامر كلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه

او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد
لانه جعل مقصوده وهو الربح و في الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة
الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها ويبطل الشرط
كاشتراط الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولايجوز ان يلزم
غير رب المال لان ذلك لم توجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لايوجب
جهالة في الربح ولايبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه
قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس
ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح بحيث انه يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله
بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قال** رحمه الله
ولابد ان يكون المال مسلما الى المضارب • لابد ان يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال
فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلابد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان
المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلابد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد
غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود
وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير
فانه لايجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا وان شرط
العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول
كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل
ان يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان
كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يده تصرفه ثابتة فنزل
منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة **قال** رحمه الله
واذا صحت المضاربة مطلقة المراد بالمطلقة ان لايكون مقيدا بزمان ولا مكان ولا نوع بان يقول دفعت
اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري
مابدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد
ينتظم جميع صنوفها ويبضع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود ويوكل ويبضع
لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب
في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة انه
ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه
في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لايستديم الغربة مع امكان الرجوع
فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ماذكر في

الكتاب

الكتاب وبه قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجارة ولايجوز للمضارب ان يضارب الا ان
باذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لايتضمن مثله ولايرد جواز اذن المأذون
لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف
المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة
ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لايضارب غيره والجواب عن
البواقي سيجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض
فانه لايملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض
منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل به ما هو المقصود وهو الربح لانه لايجوز الزيادة على
القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بماله نفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا
القول يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها
تعددت جهة الجواز فينبغي ان تترجح على جهة العدم لجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية
فلا يترجح غيرها بها كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له
ان يجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فايدة من
حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان
وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود
وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لايملك
تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف
فيه بغير امره فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع
المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله
ورجع المال مضاربة يدل على انها زايلة واذا زال العقد لايرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه
الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال رجع
بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس
الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى المصر الذي
عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا
اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته
لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا للبعض
المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء
معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر هنا والضمان وقد اشرنا الى
اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال
الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير
للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لايصح

التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل
في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة
ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد
من كل وجه يتبع وغيره لا وكذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه يتبع عند النهي الصريح ويلغو
عند السكوت عنه فالأول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فإن
البيع نقدا بثمن كان من النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد محضا وأما الثالث فكالنهي عن السوق
فإنه مفيد من وجه من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فإنه لو شرط
الحفظ على المودع في محل ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الأسعار أيضا باختلاف الأماكن
وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم
بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت

قال رحمه الله ومعنى التخصيص ذكر ألفاظ تدل على التخصيص وهي أن يقول
كذا وكذا أي بهذه الألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا
يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تجعله مشورة والضابط
لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح
الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به
لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو نحو
كذا أو قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف يحتملهما أو قال فاعمل به بالكوفة
أو قال خذه بالنصف بكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف لأن قوله تعمل بالرفع بمعنى
معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به بحيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل
في الكوفة أو بغيرها وهو واضح لكنه يصح بجعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمقيد
منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة
وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم
تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ويقتضي إلصاق موجب كلامه وهو
العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو بكون العمل فيها وإذا قال دفعته إليك هذا المال مضاربة بالنصف
اعمل بالكوفة وهو بكون العمل فيها وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة
وبغيرها أو وبه أعقبه ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به
فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال افعلت كذا كان أنفع فإن قيل فلم لا يجعل حالا
كما في قوله أد إلي ألفا وأنت حر أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ
لا حال الأخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة
الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي
التنزه عن الشبهات بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن تشتري

به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة
الأول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان
من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا معتبر بغيره هو
هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك يعني غير المكان في الأول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن
الجواب عما يقال إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأهل أن يكون شراؤه من كوفي
لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف
في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة للمال وقد حصل ذلك بها ولما لم يحصل لمعاملة في
الصرف بشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله
ولذلك إن وقتت للمضاربة معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع
والمكان **قال** رحمه الله وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال ولا ليس
للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه لأن العقد وضع
لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه بالعقد
لا يتحقق فيه وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة فإن الوكيل بشراء عبد مطلقا
إذا اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس
بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصودا للموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدا أبيعه فاشترى من
يعتق عليه كان مخالفا ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة
شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع
الفاسد لأن بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب
المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء إذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد المحجور عليه فإن شراءهما يتوقف
على إجازة الولي والمولى ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد
المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال
المضاربة دينا عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل إما أن يكون في المال ربح أو لا
فإن كان لم يجز له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لأن نصيبه يجب
الكون مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزئ الإعتاق
فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا للعبد
لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء
المانع من التصرف حيث لا شركة له فإن ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض
قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأن ازدياد القيمة وملكه الزيادة أي نصيبه من الربح حكمي لا
صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجها
وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب

رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست مالية العبد عنده
فيسعى العبد فيه كما في الوارث **قال** رحمه الله وان كان مع المضارب الف بالنصف
وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي
الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى
الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي
موسر لنفي شبهة ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد
وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع
ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها ومحلها حملا على الفراش
بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه
الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا
كل واحد منها يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه
لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد ذكره
بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين ان يكون الولد
ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة كرين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما
حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم له لانحصار
رأس المال فيها لا اهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى بذلك من الاخر
برأس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناسا مختلفة والكرسان جنس واحد يقسمان جملة ولهذا
واذا اعتبر اجله حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على
لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة ولا
امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار
رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انه لم
تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت
قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك
لم ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد
غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في
بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك اخرهما
لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا اصله مسألة السفينة والقدح المسكر
ولا صنع له فيه فلم يكن متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين
من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه وان شاء اعتقه لكونه
قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان
الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى في هذا المقدار قيل لم لا يجعل

الجارية

الجارية رأس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال
والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس وفيه
نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب
وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان
الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية
كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة
فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية
بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ يتزوج بجارية اخيه
فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بغير صنعه
ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو
لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك اخرهما ولا
صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفردة اختلف علماؤنا في وجوب
الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن ابي
حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح
فان ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن
ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال يضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع
على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره والدفع مضاربة ليس على وجه الايداع فلا
يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى
او موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان
يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار
مخالفا لاشراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره
وهذا اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على اختلافهم اذا كانت المضاربة
صحيحة واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتيهما
جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل
اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التفسير اجيب
بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح
مثل ما يعين به المضاربة في الجملة كما اذا كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني
نصفه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول ابي
قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع
المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار يضمن ايهما شاء الاول او الثاني في هذه المسألة باجماع اصحابنا

وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين
هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبض لمنفعة الاول فلا يضمن
والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول
صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار
كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب
الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا
قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب
شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع
والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قيل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون
الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
فاما الاول فقد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على
الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء
ويطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا
يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قال** رحمه الله واذا دفع
اليه رب المال مضاربة بالنصف ۞ هذه المسائل التي ذكرها ظاهرة لا تحتاج فيها الى شرح وانما قال
لهما اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد
الاثر بانه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال الحق ربحه كان نصيب المضارب من الربح طيبا
له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لم يوجب الضمان كما
قال الآخر هذه الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه

فصل لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال احكام غير ما ذكر ذكرها في فصل
على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه
ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس
باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عنه
فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب يصح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة
لرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط
للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك
شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا وهو انه ان كان على العبد
دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا
الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انه ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه
لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي
حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد

وتعذر

وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما
يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بالاطلاق فاما اذا شرط ان
يعمل العبد وهو المذكور صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد
يدا معتبرة لا سيما اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة
لا يكون للمولى ولاية اخذها او دعها العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة تخصيصا
اذا كان مأذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له
يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط
العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا
اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الخ فهو ظاهر

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب
وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قال** رحمه الله واذا مات رب المال او المضارب
بطلت المضاربة ۞ اذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل
تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال بعد ما هلك الثمن عند
المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به
على الموكل ثم لو هلك بعد ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب
المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب
على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي
واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا
عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة
وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحوق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فتوقف
تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على
حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار
الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها
بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد
لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة الا ان ما يلحقه
من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته
لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء
وفي قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال
قال رحمه الله وان عزل رب المال المضارب ۞ اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله

حتى اذا اشترى وباع صح تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال
عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه
لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس
المال بتمييزه ورأس المال انما ينض اى يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشترى
بالثمن شيئا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل
فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال
حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف رحمه الله ذكره اذا كان من جنس
رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعه بجنس رأس المال
استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمى
كالقصدى في حق المضارب ففي كل موضع لم يمنع العزل القصدى لم يمنع الحكمى لان عدم عمل العزل انما
فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب
فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير والاجرة الربح وان لم يكن له ربح لم يجبر على ذلك لانه
وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على
الوجه الذى قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم
ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل
فقد اتى بما عليه ولابد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع
الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد بالوكالة والحوالة في الكلام استعارة ومجوزها مرور
وهو اشتمالهما على النقل وانما فسرتم بذلك لان احل يدل بما يوهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس
كذا وعلى هذا سائر الوكالات يعنى الوكيل اذا باع وامتنع يقال له وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع
والسمسار وهو الذى يعمل للغير بيعا او شراء فانهما يجبران على التقاضى لانهما يعملان بالاجارة
واذا وصل للبياع اجرة اجبر على تمام عمله واستيجاره فلما لا يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شىء فقد
استوجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد يساعده وقد يمتنع
وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا
فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روى عن ابى يوسف ومحمد قال
رحمه الله وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح • الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول
رأس المال الى ربه لما قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله
فكذا المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه او قال فرائضه ولان رأس المال اصل والربح تبع له
معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شىء استحقه من التبع فان زاد الهالك على الربح فلا
ضمان عليه لانه امين وان اقتسما تراد الا ان القسمة تقبل ما لم تفرقا ان يرجع الى اعدل رأس المال الى
وقت الفسخ كان ما اخذه من ماله وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال فصل
فيما يفعله المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة

وتنبيها

وتنبيها على مقصود بين افعال المضاربة بالاعادة قال رحمه الله ويجوز للمضارب
• ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز
للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في
النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشترى دابة
للركوب وليس له ان يشترى له سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا
واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما ما يحمل عليها وظاهر كلامه يدل
على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكرى بها اى
السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك
فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه
بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن
جاز بالاجماع اما عند ابى حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعمومه ولانه يكون
شريكا في الربح او بعرضيته فلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل
العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فيجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا
كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء
وكالته واما عند ابى يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قالا وان كان الوكيل
لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشترى او اعسر منه لما ذكرنا
انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم
بخلاف الوصى حيث احتال بمال اليتيم فان تصرفه نظرى فلابد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل
فيما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه
جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب
فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قال رحمه الله فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال • فان دفع المضارب الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب
المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم
يصر به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية
وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل صاحب المال والابضاع توكيل لانه
استعانة وما صح استعانة المضارب بالاجنبى فرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون
استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل
من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخلية صار
كالاجنبى عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصحت المضاربة مع رب المال اجاب بقوله لكنه

ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يجوز لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال
وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولقايل ان يقول رب المال اما
ان يصير بالتخلية كالاجنبي او لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز لانه
فالقياس شمول الجواز او عدمه والجواب انه صار كالاجنبي في قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع
لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس
المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل
رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع
ببعض المال حيث قال شيئا من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لا يفصل بين كونه بعضا او كلا
وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيده بدفع المضارب لان رب المال اذا اخذ مال المضاربة من
المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ لا استعانة
من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض
المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضا
لم يعمل فيها فهذا اولى **قال** رحمه الله واذا عمل المضارب في المصر • فرق بين حال الحضر
والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكرنا من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك استحسان
والقياس انه لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل او المستبضع
عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق اخذها وانما النفقة في المال
الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع فانه
متبرع بعمل لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له
بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد
يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا
اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق
عن الغير اذا اختص به شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا
كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوق وان لم يكن فنفقته
في مال المضاربة لانه خرج لما ذكرنا والنفقة ما يصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب
وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تمييز المال كغسل
الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز
فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل اليه الميل
فيضار به لكثرة الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة واما الدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر
الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكر في الكتاب **قال** رحمه الله واذا ربح
اخذ رب المال • يعني ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله
كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على

شرطا

شرطا فاذا باع المضارب المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه
كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين
فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل
برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعدها
تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد
عند ابي حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلطه ماله بمال المضاربة وقوله اعمل
برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته
مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا
على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على
المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء
ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا واذا
صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطيه ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة
لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه قيمة الثوب ابيض يوم صبغه ويتركه الثوب عليه
واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يملك ولاية
الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في
مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار
شريكا لم يكن غاصبا فلم يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا بهذا الفعل او غير
مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن
كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لانه فيما استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

فصل آخر

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قال** رحمه الله
فان كان معه الف • ما ذكره المصنف واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبائع بسبب
هلاك مال المضاربة غير مانع لها والمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب
للبائع بسبب هلاك كمانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة
فاشترى بها عبدا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى
جارية بالالفين وتقرر ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن
كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك
ربع الجارية خالصا واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان المضارب امين فيكون الضمان منافيا
لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا
لنفسه وهو لا يصلح فخرج ربع الجارية بارباعة الاف وخمسمائة ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف
ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا ينفيها فيضم الى الاول ويحتسب رأس
المال وانما كان كذلك كان رأس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين

قوله وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الربح مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به المالك لم يكن في ملكه وشبهة المحقق بالحقيقة في المرابحة فاعتبرنا اقل النفعين وهو حسنا به لثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان كان مع الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ كان الدفع والفدا اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلاثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان رأس المال صار عينا واحدا فظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا عتق الربع ان كان العبد قريبه واكثر وهو رأس المال وقيمة العين بالوجهة احتراز عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفدا عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفدا ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والديون ليس بالعقد حتى يكون عليه قوله ولان العبد كالنا بل لانه استحق بالجناية والمستحق بها كالهالك الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع الفدا كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما في يده فدفع ولان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثله وصح عليه الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض العامل ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الا انه يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصح وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة تخصيصا فان يعتبر اجميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب المال فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه على تقدير ثبوتها يحتاج الى قوة دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل انما دل على ذلك والا لا مكان في لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ما لو

فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالفا ثانيا واما فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فصح جعله بالثمن لا يرجع الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الفا الماذون لم يثبت فيه رواية تحتاج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بينهما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبينهما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال رحمه الله وان كان مع المضارب الفان • اختلف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيما اي في الربح لرب المال يعني في رأس المال للمضارب بخلاف ما في رأس المال فالحكم من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته بعقد ارض الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرض ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي عليه الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما ذكرنا وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهيا له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فهنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح ولكه

به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يبق العقد الا بالتخصيص كالوكالة واذا كان
كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب
المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف
لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي
وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه يلزمه
نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب
الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير
اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السوا او وقت احدهما دون الاخر
فالبينة لرب المال لانه تعذر القضا بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك
واذا تعذر القضا بهما تعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد ذكر في اول
الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة
امانة بلا تمليك شي وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة
تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى وعلى ما ليس بلازم ومن محاسنها
اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله واعانة عباد الله واستيجاب الاجر والثنا على ذلك وسببه تعلق
البقا المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد عرفناه ومشروعيته بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا
الامانات الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي
الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او ما قام مقامها فعلا كان او قولا
والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك ثم ذهب
صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثم فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها
كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشي بدون اثبات اليد عليه ممتنع
فايداع الطير في الهوا والعبد الابق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده **قال** رحمه الله
الوديعة امانة في يد المودع • قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك
يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره
واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله
عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال
الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه من قول شريح
عن شريح غير مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان شرعيتها لحاجة الناس
اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه
وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا من يكون في نفقته المودع فحسب فان المراة اذا اودعت عندها
شي جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيته

الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظها بهم ضمن وهذا اذا
لم ينه عن الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وهو انما
يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد
ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله
وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله ولانه دليل اخر
على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا
الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه
الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان
المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر انه
يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند
غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطاؤه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره
لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشي لا يتضمن مثله وقد
تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما نقل بهم
والوعد بالجواب في مظانها ولا باس بذكره هنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والماذون
يتصرف بحكم المالكية وكذلك المكاتب فيملك لكل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه
فيجب الضمان الا اذا استاجره فيكون حافظا بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثنا من
قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقا الى سفينة اخرى طريقا
للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان
بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقا فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة
وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة **قال** رحمه الله فان طلبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها • اذا طلب المودع الوديعة فحبسها المودع وهو قادر
على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبها
لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسها فصار ضامنا والخلط الذي لا يتميز تعد فيوجب الضمان
وتنقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شا كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود
بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فلا تعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
كان هو لذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل
وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة
وهي من احكام الشركة فكان تصحيح موجبها بها ينقلب المعلول علة ولو ابرا المالك الخالط سقط
حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط خيرة الضمان
لتعين الدين لصرفه الا ابراء اليه فتنتفي الشركة في المخلوط وان خلط المايع بغير الجنس كخلط
الخل بالما والمصلي وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مذهبهما كمذهب ابي حنيفة فيجب

انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر ومعنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا
القبيل اى من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح
احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف
لانه لهما لا تخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المايع بجنسه وجب
الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون الخلوط
لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال اى سواء كان
الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما في الرضاع اذا حلب لبن امرأتين
في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة
لصيرورته مايعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا
صار شريكين لانه لم يوجد منه شيء يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا
اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه
بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك انفاقا والبعض بخلطه لانه اي لانه جعل الرد قضاء لا خلطا
لعدم تعذره بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ
فيه وبما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده
الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لانه اخذ لم ينافِ الحفظ ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب
مال انسان ولم يفعل **قال** رحمه الله واذا تعدى المودع في الوديعة • واذا تعدى المودع
في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي
فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا لان الوديعة تكون امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي للآخر وهو
الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا انه لا ابراء لا طلاق الامر عن التقييد بوقت فيوجب بقاء
المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت
نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة وهي تنتفي بانتفاء
ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعها فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر
فيكون مأمورا به دوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان
برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء
انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا
ينافيه الايداع لان الامر بالحفظ مع الاستعمال الصحيح ابتداء بان يقول للغاصب او مع تكميله وهو مستعمل
الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون رد القول بمثله الايداع بان الجحود فاوامر الشرع رد لها بمثل
به والمخالفة بترك صلاة او صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا استأجره
الوديعة بالاستيجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ

شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج
بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لانه بقي كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة
عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض
بعد تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود
عليه ثم في الاستيجار وَرَدَ العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك
في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ يبقى بدليل
حصول الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك
فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر
وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة
لا يضمنها عند ابى يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي
عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان
قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب
فذكر كذلك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة
ووجه قول ابى يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين **قال** رحمه الله
وللمودع ان يسافر بالوديعة • وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا
اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا ولم يبد من السفر فكذلك وان لم
يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين مدة الطويل والقصير
وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابى يوسف اذا
كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اى سواء كان لها
حمل ومؤنة او لا لابى حنيفة اطلاق الامر لان الآمر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد
بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا
للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا اى ولكون المفازة محلا
للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك قيل فيه
الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرونه بالتجارة بطلب الربح وليس للمودع حق التصرف
والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال
ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية فاولى وجوه النظر رعايته عن
مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه
يلزمه مؤنة الرد لان المودع يحتاج الى عونة في بعض الطريق فيلزم مال المؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى
به فيتقيد به لكن ابا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في الغلات والشافعي
يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وجعلها كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجره
رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قوله قلنا مؤنة الرد جواب

عن قوليهما وتقريره سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال
المودع امره فان امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فصار حتى رجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والتقييد
كونهم في المصر جواب عن ان ذلك في معنى ان المعتاد كون المودع في وقتنا لا يبالي في المصر لحفظهم فان من
كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجرة لانه عقد معاوضة
فيقتضي التسليم في مكان العقد واما نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد
اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال رحمه الله واذا اودع رجلان عند رجل
اذا تعدد المودع فطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي
وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان
يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بوضع الخلاف
في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الف وهو موزون وذكر محمد الخلاف
فيما يقسم وما لا يقسم قال في النهاية الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب
والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحاكم في المسئلة مشهورة لهما انه طالب
بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالب بتسليم ما سلم اليه وهو
النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذ وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي
حنيفة لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه
لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه
ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم
حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون يتصرف
في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب عليه ذلك
والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالبه
بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها
والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة وقوله له ان يأخذ جواب عن قولهما
ولهذا كان له ان يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من
ضرورات الجواز يعني لو انه لا يخاصم كما اذا كانت له الف درهم ورفعه عنه انسان وعليه الف
لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان يأخذ اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه قوله وان
اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسماه هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل
والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر
وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضى بامانة واحد
فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما الكل واذا قال صاحب الوديعة
للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد وعلم ذلك
من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له

منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ في يد النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول وعلى الاصل ان الشرط اذا كان مفيدا
والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن
العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهاه عن الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او عن الحفظ
في الدار وله دار اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهاه عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس
في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهاه عن الدفع الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس
له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به قال رحمه الله
ومن اودع رجلا وديعة• اذا اودع المودَع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة ويخير رب
المال في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا
بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن
الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على
الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده
ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فان لم يكن بالدفع
ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى هو القبض من امين اذا لم يوجد منه ما يجعله صنعا فلا يضمنه
كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره وان كان في يد رجل الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها
له اودعها اياه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي
الالف فان نكل عن الثاني اي بعد ما حلف للاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لانه كان
بما يقول انما نكل لكونه بذلك بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله فيكشف وجه
القضاء يعني يقضي بالالف للاول والثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف
كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه قوله
لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله عند ابي حنيفة وباقراره عندهما او لو
قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني وان نكل
يقضي بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل
ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير
فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله ما هذا العين
يعني لا يقتصر على لفظ العين بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يقبل
اقراره به للثاني لانه لا يملك دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بالتعال الخصا ويحلف عند محمد
بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف
كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا ولهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لانه

اقراره بها صحيح و رجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير
قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان مجرد الاقرار لم يفوت على الآخر
شيئا وانما التفويت بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه سلط القاضي
على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه مودع الثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار
ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج وقيل هي
مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود
النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك
المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قال
لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره
وكل من ذلك يدل على انها اباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان
تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فيها فكان تمليكا للمجهول واما الثالث
فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع
واما الرابع فلان المستأجر يجوز ان يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت العارية تمليكا لجاز
ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي
العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه
شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا يبقى فلا يقبل التمليك اجاب
بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك
ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان يقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من اوجه
الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبل لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم
من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال
فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية
الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي
اصلا لغة والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست
نظير الاعيان ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه
يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية
ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من
الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى قوله ولفظ الاباحة جواب عن قول
الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا
نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية
الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض

وهو

وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله ولكن لا يعمل
النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع
المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع
عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة
من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها وشرطها قابلية
العين الانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي
عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم
بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به

قال ويصح بقوله اعرتك هذا بيان
الالفاظ التي ينعقد بها العارية ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك
هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو
صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق بين العبارتين والجواب
ان كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الاول
حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب
من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منحه وحملتك على هذه الدابة
اذا لم يرد به الهبة اي بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك
المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام
وهي العارية وداري لك سكنى لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل
سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان
قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعينت المنفعة فحمل الكلام عليها اي على تمليك
المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم
المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة
عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فان العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على
حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه

قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن ان هلكت العارية فان كان بتعد
كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع
وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن
قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله
لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة
فان للمستأجر بقبض المستأجر حقا ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل
قبض باذن ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم

فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد
واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذنه لكن لما كان
قبضه لغرضه لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما
العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند
هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه واما الاذن فلان
اضافة الضمان اليه فاسد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه
قوله والاذن جواب عن قوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد
على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة
الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه وقوله وانما وجب
الرد جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب
لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل
على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض
لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار
كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد
فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاصل في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد
ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع
اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا
له لان الاصل في ضمان العقد هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد
حقيقة فاذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل
كتاب الاجارات من المبسوط قال وليس للمستعير ان يؤجر ما استعاره ° وليس للمستعير
ان يؤجر المستعار فان اجره فعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن
ما هو فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم لا سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني
فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه
يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة
فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا
كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه قبضه
لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على
المستاجر لانه ظهر انه ملكه بضمانه وان ضمن المستاجر رجع على المؤجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل

كالحمل

كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع
على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة
فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن تسلطا كالموصى له بالخدمة فان له
ان يعير لتملكه المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك
وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك
دفعا للحاجة وقد قررنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة
بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره
وقال هذا اي ما ذكرنا من ولاية الاعارة للمستعير اذا صارت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين
اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع
والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع
والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به بنوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق
وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن
استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة غيره او الى خير منه كما اذا
حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر
المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان
انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل
الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع
ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له
ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب
مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب
غيره وبالعكس كذلك فلو فعل ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني وهذا
الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام قال وعارية الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك
دراهم هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة
تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء
وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقنا به وقيل لانه اقل ضررا على المعطي
لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع
ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال الشيخ هذا اذا اطلق الاعارة

اما اذا عين الجهة فان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن
له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلد به فيكون عارية
المكاييل والموازين اذا قال ليتها والعيار والعيار الذي يقاس به غيره والميزان واذا استعار
ارضا للبنا والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البنا والغرس اما الجواز فلان
هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا من
قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شا ولقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة
واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم
المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من
جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه
الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا وكره لما فيه من خلف الوعد وضمن
المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفا بالعهد
والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن
عقد المعاوضة كما قررنا والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لبقاء البنا
والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كانه قال ابن في هذه الارض لنفسك على ان
اتركها في يدك الى المدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حال وذلك لان كلام العاقل محمول
على الفايدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لابد من فايدة لذكر الوقت
وذلك ما قلنا ويجب قوله ما نقص البنا والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البنا والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة
فيضمن ما نقص من قيمته يعني لو كانت قيمة البنا الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال
تكون قيمة النقص دينارا دين يرجع بها كذا ذكر القدوري يرجع بضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد
ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنايه فيكونان له الا ان يشا المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان في الارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه
صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلام هذا ان ما قال القدوري
ان المعير يضمن نقصان البنا والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر لانه حينئذ الخيار
بالابقا بالقيمة متعلق به وتكليف القلع وضمان النقص الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق
بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر به الارض
بالقلع واما اذا تضرر به فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه
حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة
وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الاخر بخلاف
الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد
العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على الموجر
وذلك لان الاجرة مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب اجرته والرد في العارية واجب على المستعير

لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازا الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب
عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض
بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر
منفعة والعين لكونه جوهرا اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب
لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المونة عليه ومن استعار دابة وردها
الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس يضمن لانه تضييع لا رد وفيما ذكر رد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى
المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله
لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار
الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير لعدم العرف
في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده واجيره مسانهة
او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة ولا حفظها على ايديهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد
رب الدابة او اجيره لوجود الرضى من المالك الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده
وانما قيد بكون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح
لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسألة على ان المستعير
لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بان له ان يملك الايداع وهم مشايخ
العراق اولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانتهاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له ان
يودع غيره فاذا اودع وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها صلة المحتاج
وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشي الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا
وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى
ذلك انعقاد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا على ان البيع من جهة العاقدين
اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر
في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض خلافا لمالك
البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله
عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك لان الجواز ثابت قبل القبض
بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لا يلزم به شي لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض
ذلك لانه يلزم التسليم والزام المتبرع بالشي قد يلزمه ما لم يتبرع به اذ كان من تمام هبته
فقيضه لكن يندر انه يحل وهو مقدمة الوضوء ومن شرطه في صوم وصلاة لانها لا تتم الا به
لا بمعنى انه فان ما لا يتم الشي الا به فهو واجب لا كان ذلك التمام واجبا كما ذكره من الصورة

فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء
فانه لو وهب ثم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كما في الوصية فان الملك يثبت
بها بدون القبض لانه لا الزام زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ
لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط
ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد
الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب
الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت منافيا للملك
فتحقق الالحاق قوله وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث خليفة الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك
الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها فيقام مقام
الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير
اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس
انه لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق
بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول ان القبض
في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول
فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصود منه اي مقصود الواهب من عقد
الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك كان الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده
فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود
ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح ونوقض
بحثا ان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع
من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا
على القبض حتى لو قبضه المشتري بغير اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول
بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وهو عقد تام وهو يتوقف
على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد المبيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده
منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به قال رحمه الله وتنعقد الهبة
بقوله وهبت ونحلت • هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول فيه لان
الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله اكل اولادك
نحلت مثل هذا روي ان النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان تشهد على
ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الك
ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولورثته
من بعده اي ولورثة المعمر له يعني تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع

صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب
حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد
يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في
العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا
اليه هنالك لان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هنا
لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك
هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة
وقوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال
او التمييز لان قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان
سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه
بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على
المقصود لانه ملكه الدار ثم نبهه على انه اعمرها ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله
هذا الطعام تاكله وهذا الثوب تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف
قوله هبة سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا لاسم اخر بخلاف
قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم قال
رحمه الله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة • الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وضابطه
ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو
يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم
الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل او الزرع في الارض دونها فانه
الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا جاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل وكذلك
ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا تجوز انه لا يثبت الملك فيه
الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا
فانه اذا وهب شائعا فيما يقسم ثم افرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع
فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت
حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة شائع
لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير محسوس فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب المعين المقسوم
فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه ما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في
الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح
في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض
فيه المعقود بالاجماع فانه اذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمانه اي المشتري
وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ملك المشتري مبني على

ولهذا يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اى جوازه
باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل
لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عبارة عن القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا
من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فلانه عقد تبرع فلم
لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يجعل ذلك مبطلا فى التبرع
كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر
بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع
حتى يكون مانعا ولنا ان القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة
الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض
المشاع ناقص لانه لا يتقبله الا بضم غيره اليه اى بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب
وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه فكان مقبوضا من وجه دون
وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشانه ولان فى تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو
مونة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع
يدل على التزام ضرر القسمة والضاير من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضى منه ليس القسمة
ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها
اى ولان تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم لانه لو استخرج جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو
لا يتحقق بدون مونة القسمة بخلاف ما لم يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة
ولانه لا يلزمه مونة القسمة فان قيل لزم المهاياة وفى ايجابها الزام ما لم يلتزم ووجوب ذلك النفع
جائز فلتكن مونة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع
به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد
وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان
فى عوده الى ذلك الزام زيادة عين هى اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس فى
غيره ذلك لان المهاياة لا تحتاج اليها ولا يلزمها اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن
قيمته للموهوب له وفى ذلك الزام زيادة عين على المتبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع وقوله
والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه
لعدم تحققه فى المشاع والوصية ليست كذلك وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم
وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض فى الصرف منصوص عليه
فلا يصح نفيه اجيب بان كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفى الصرف لبقائه على
ملكه فليس فيما نحن فيه ولانها عقد ضمان فيناسب لزوم مونة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كان
من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتى والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يجوز من الصبى
والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه

بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى
على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مونة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع
فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك
قيل الوجه الثانى غير متمش فى جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات
نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة
فاسدة اى لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله
لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان
قسمه وسلم جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند
القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقى وسلمها جملة جازت
قال رحمه الله ولو وهب دقيقا فى حنطة بين كلامه ههنا على ان المحل اذا كان معدوما
حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد
وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك الى ان المصنف بقوله
لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة
ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج
الى التجديد بالعقد عند الافراز فى المشاع كما فى المعدوم وانما جعل الدهن فى السمسم والدقيق
فى الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا
بالقوة لان عامة الممكنات كذلك فلا تسمى موجودة واذا كانت العين فى يد الموهوب له لا يحتاج الى
قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وصل القبض امانة بجاز ان ينوب عن قبض الهبة
بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل فى ذلك ان تجانس
القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا
كان الشئ وديعة فى يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس
قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده
لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة
ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهى الى موضع فيه العين ويمضى وقت
يتمكن فيه من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام
ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده
بعد ادراك الولد لانه اى لان الموهوب فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ويد مودعه كيده
بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره يعنى فى الاولين او فى
ملك غيره يعنى فى الاخير والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو
فى عيالها والاب ميت ولا وصى له وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت
الاب وعدم الوصى لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله غير الاب كالاخ والعم

جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل اطلق جواز قبض هولاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان
ولاية القبض لهولاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه
فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم
منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف في حال قيام ولاية من يملك التصرف في المال بغير ثبوت
حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا
ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة
وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التمثيل وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله
وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه
اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب
للصغير اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك الامر الدائر بين الضرر والنفع فالنفع المحض اولى بذلك

قال رحمه الله واذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جد
اليتيم او وصيه لان لهولاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه اي في كنفها و
تربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة
الا ترى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد
واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله
اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا اولا فان كان الثاني وجب ان لا يجوز
قبضه وان كان الاول وجب ان لا يعتبر اعتبار الخلف مع وجود اهلية فالجواب ان عقله معتبر في
من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه ينفتح
به باب آخر لتحصيلها وكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضرر سدا لباب
المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره براي
الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه او لا فان كان الاول جاز قبض زوجها
لها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ
مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضته
بنفسها واطلق المصنف عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا تجامع لا يجوز
قبض الزوج عنها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما
في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيره حيث انهم
لا يملكونه الا بعد موت الاب او بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض
ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية
وانما قلت هذا لانه في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته
غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع في قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا معتبر
لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وانه لم يعلها بعد مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال

رحمه الله واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز ش واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء
الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة
فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد
التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر
منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز
فالهبة اولى ولابي حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما
صح فيما رد كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان
الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز وكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال
وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا كذلك واذا وهب الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك
كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال
الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع
ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك انه يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا
وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو لحاق ضمان القسمة بالمتبرع فممنوع فقد تقدم
وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله بخلاف الرهن
جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما
كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان
ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على ان
الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل
على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف
فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق
على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فتقع جميع
العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها والصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة وتجوز
المجاز ما ذكره في الكتاب ان لكل واحد منهما تمليكا بغير بدل قال رحمه الله ولو وهب لرجلين
دارا ش اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف في
سواء كان التفصيل بالتنصيف كقوله وهبت لك ثلثيها لشخص وهبت لك ثلثها لآخر او بالتساوي
كقوله لشخص وهبت لك نصفها ولآخر لك كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي
حنيفة مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا على اصله وجاز عند محمد مطلقا على اصله
وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوزه وفي المساواة جوزه في رواية
على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف
وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان
تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف

بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل محمد فليست محتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع اختلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لكل نصفها وهذا ضرب جائز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه بمنزلة على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست محتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضوح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافه ليس فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يجوز ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال ملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان بمنزلة ويفيد تفريق العقد فكأنه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فاحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم محرم كبني الاعمام وبني الاخوال ومن كان محرما بلا رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب لاجنبي الزوجان ولابد من قيد بان يكون اصدها وسلمها اليه والثاني لم تتعرض من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركها اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزءا له فوقع على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى

من دونه

من دونه كيخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد تمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليها لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب يعني القدوري فله الرجوع بيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه لا لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها بعض الفقهاء وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان تكون توجب زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولبت بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة فان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه استطاعته برضاه فلا تكون الزيادة مانعة منه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه اذا مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين ولو تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب

قال رحمه الله فان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والارض هي المطلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الارض الارضة وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا اقام

فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لانها لا يكون كذلك او كان ولكن لمعظم لكان
بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب
بيانه للالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليتم المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع
واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته
وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست
بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان يختص العوض له على الموهوب له بل لو عوضه اجنبي متبرعا
صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح لكنه يشترط فيه شرايط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض
الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا
ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل بخلاف الزكوة
قال المحقق ذلك بسائر امواله وبالقليل منها لم ينقطع الرجوع فكذا ههنا والجواب ان الرجوع فيه
قبل التعويض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فايدة او ذكره اتفاقا اجيب
بانه بين ثبات الحكم بالطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض الماذون
بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما ادى به ظاهرا فصار كتعويضه
بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذا اذا عوض بامره غيره ان
المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان
بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره
امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة
رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا
ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصف الموهوب قياسا لاحد العوضين على
الاخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما كان
للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتدا
وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتدا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل
من الابتدا ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتدا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لا
اذ به ظهر انه لا عوض عنه الا الابتدا الا هو وعورض بان الغرض انه عوض واجزا العوض تنقسم على اجزا
المعوض فان كان الكل في الابتدا عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن
النصف ابتدا واجيب بان ذلك في المبادلة لان تحقيقها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع
في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا
تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملكه الواهب في مقابلة
الموهوب مطلقا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتدا من غير ان
ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم قوله الا اذا الا ان

يقتضي ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه
طار فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل
في الكل لانه لا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى
المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق والله اعلم قال رحمه الله ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا او القضا لانه مختلف فيه بين العلما قيل لان له
الرجوع عندنا خلافا للشافعي وان كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ
ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم يفد حكمها ما لم ينضم اليها
القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت قوله وفي اصله وهاء
اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت خلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة
المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطا وانما هو الوهي وهو خطا لان
من المقصور السماعي ليس بخطا وتخطيته ما ليس بخطا خطا قوله وفي حصول المقصود وهو
خفا لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فانا تردد ولا بد من الفصل
بالرضا او القضا حتى لو كانت الهبة عبدا قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام
ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه فلا الا ان يمنعه
بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضا او بالرضا كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي
وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضا
كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع
سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب لكاعقد ابتدا
بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع
في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضا هبة مبتداة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتدا فصحته
دليل على بقاء العقد في النصف الاخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله لان العقد هو الدليل
على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز
الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضا لانهما فعلا
بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق فيشمل التراضي والقضا وقوله بخلاف
الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة القضا خاصة
لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في
الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد ثابتا لم يقتض الفسخ فان تراضيا على ما لم يقتضه
العقد من رفعه كان ذلك كابتدا عقد منهما واما القاضي فانما يقتضي ولايته العقد من وصف
السلامة فان عجز البايع قضى بالفسخ فلم يكن ما يثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضا فافترقا وانما قيل

بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سوا كان بالقضا او بالرضا ودلت
هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لاخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول ان يرجع سوا رجع
الثانى بقضاء القاضى او بغير قضا خلافا لزفر فى غيره واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع
ان يرده على بايعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال
رحمه الله وان تلف العين الموهوبة ۞ واذا تلف الموهوب واستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على
الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له اى للواهب احتراز عن
المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع فى حفظه القبض مقتضاها لاجله فان قيل
غره بايجاب الملك له فى المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبايع اذا غر المشترى
اجاب بان الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر فى الذخيرة ان
الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فانه ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب لم
يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور فى ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب
بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لى هذا العبد لا ان يقول بالبا فانه يكون
بيعا ابتدا وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتدا فيعتبر التقابض فى العوضين
لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم
البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر وان كان هو
بيع ابتدا وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان
بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى
وامكن الجمع بينهما وكلما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين
بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلانه لما كان هبة
من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد
يوجد ذلك فى الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما فاعتبرناه
ابتداء بلفظه وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناه وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة فى مرض
فانها تبرع فى الحال صورة وصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يصح فى مشاع
فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعانى
فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه
لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه **فصل** لما كانت [illegible]
المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها فى فصل على حدة **قال** رحمه الله
ومن وهب جارية الا حملها ۞ اعلم ان استثناء الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد
ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول [illegible]
من الهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لان الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على

مقصودا

مقصوداً حتى لو وهب الحمل لاخر لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر فى البيوع فاذا لم يكن استثناء
عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان
الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على
ما سيجئ وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن فى الضرع فانه اذا وهب الصوف
على الظهر وامر بجزه او اللبن فى الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل
واجيب بان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج
الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل فى ذلك نايبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب
فى اللبن قوله وهذا اى صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن
دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم
الثانى لانها تبطل بها اى بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو فى الوصية وسيذكرها فيها ولو
اعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق
فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة واشبه الاستثناء فى انه يجوز الهبة ولو دبر ما فى بطنها
ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء فى التجويز لان الجواز فى الاستثناء
كان باعتبار انه جعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقى هبة المشاع وهو لا يجوز فان قيل
هب انها مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهى جايزة اجيب بان عرضية الانفصال فى ثانى
الحال ثابتة لا محالة فانه ينفصل وفى الحال لو كان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم
مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شئ مشغول
بملك الواهب فصار كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقى فان
قيل هل يصح ان تجعل مسالة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسالة الاعتاق غير مشابهة
قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم بالباقى بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث
الشيوع ومسالة التدبير كذلك كما مر فكانت مشابهة به والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه
والمصنف اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسالة الاعتاق تشابهه فى جواز الهبة والتدبير
لم يشابهه كما تقدم فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا
او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم
التكرار فى قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا لما
تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك
مطلقا بلا توقيت فان شرط عليه الرد او الاعتاق وغير ذلك تقييد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
واصل ذلك ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر فى رجوعها اليه بعد
موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد فى معنى الربوا وهو يعمل فى المعاوضات والهبة
ليست منها **قال** رحمه الله ومن له على اخر الف درهم ۞ ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء

عند فهي لك او انت منها برئ او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت برئ من النصف الباقي
فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول
الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه
والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعدى
الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف
والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك
لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف
واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يفيد باطلاقه ان عمل
الرد في المجلس وغيره سوا وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرتد في مجلس الابراء
وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها
اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على الماذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف
بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه جائزة
للمعمر له في حال حياته ولورثته بعده لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والشرط وهو قوله واذا
مات ترد عليه باطل لما روينا انه صلى الله عليه وسلم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد
لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل
لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد لا تفيد ملك الرقبة وانما تكون عارية عندهما
للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاقها للانتفاع وعند ابي يوسف جائزة
لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر اذ كان الرقبى ماخوذا من المراقبة
وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن
شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك
فهو لك اشتقت من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى
الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها
من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم ينقله احد من ائمة اللغة
بعد استقرائها لا اصل لها عند منه وحده ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر ان النبي
صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى بمعنى
بوصيه والخصوصية فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك
الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا قال رحمه الله
كالهبة الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا يجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة
ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط فلا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصار بمنزلة
عوض عنها وفيه تامل فان حصول الثواب في الاخرة فضل من الله ليس بواجب فلا يتحقق حصوله حين
لا نعقال المراد به حصول الوعد بالثواب فان التصدق على غني يبطل الرجوع استحسانا وفي القياس له

الرجوع

الرجوع لان الغرض ثم حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد
بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض
اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه
ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي
القربة قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الى آخره ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل
الشتى فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله اعلم

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع
بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة
لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع
الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال
نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر
على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس
وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها
فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل
شرعيتها فسنذكره ان شاء الله تعالى قال رحمه الله الاجارة عقد على المنافع بعوض
بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها
فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض
القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر
ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان
يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا
فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة
فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة
فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب
حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر
في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر
اجيب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول الذي هو
العقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حق المنفعة يعني يتاخر حكم اللفظ الى حين
وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك
في البيع يثبت في الحال ويتاخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما
في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا
من قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية

شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل
والمعقود به وهو الاجرة كالتبع على الثمن في البيع فاذا كانت معلومية التبع شرطا كانت معلومية التبع
شرطا كانت معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة
الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن
المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان
التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا
استاجر دارا بثوب بعينه وان كان لا يصلح ثمنا وفي تقرير ان المقايضة بيع وليس فيها الا العين
من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال
ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال لا غير فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة
اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا وقوله فهذا اللفظ
مريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتبر الاجرة
المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان تقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي ايضا ويمكن
ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة
التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قال** رحمه الله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قال
ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة
بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت
معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة وقد بان ان سمحا ترجح فيها يتناول
فلان لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت
بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم
بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين
فمنعه بعضهم لان الظاهر في هذا عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام
فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا
الباب لصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل
المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم تعتبر كما اذا تزوج امراة الى مائة سنة
فانه متعة ولم يجعل عن التابيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل
ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقاف لا يجوز ان يكون استثناء من قوله اي
مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار كيلا يدعي
المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يؤجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان
يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير
معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره او استاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة

للحمل

للحمل والركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة
كما ذكر في الكتاب **باب الاجر متى يستحق** لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف
الملك عن العقد بلا خيار وشرط وجب افرادها على حدة لبيان وقت التمليك وما يتعلق به من المسائل
قال رحمه الله الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه
لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك
كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا
يملك لان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم
يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم
دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخر الكلام مخرج على الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي
الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله ويستحق بمعنى يملك يدل على
هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي رحمه الله
بان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة
ولو لم تجعل موجودة كانت دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد
لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابلها من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى
موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة لما اثبتت يستتبع
لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بالاتفاق ومن قضية عقد المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة
واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك ولهذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة
تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه
نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه
اجارة ومن حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني
ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء
عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان
صحة الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب
الاجرة فان اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة
في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة لانها كفالة
بما ذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء والاجر قبل استيفاء
المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان ذلك
دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت
العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكون اقامة السبب مقام المسبب

واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك قوله واذا قبض المستاجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفاء
يقوم مقام الاستيفاء لا محالة فعلى هذا كان الجواب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود
عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الخصال لا
يكون قسيما له فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة
في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجبت الاجرة لان الواجب على الاجر تسليم العين التي
تحدث منها المنفعة في المدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم
العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من الغير
او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته
تقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال الشيء منها يزول التمكن فلا يجب الاجر
فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة
الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها في مكانه
لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها لا في مكانها كمن استاجر دابة في بغداد
الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة
او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا علة فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب او لم يكن
شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف
المنفعة لان التقصير حينئذ من جهته بل لعدم التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت
عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف
فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وكذلك
ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود
عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع
فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود
الانفساخ في ذلك القدر قال رحمه الله ومن استاجر دارا • ذكر هنا لبيان وقت
استحقاق مطالبة الاجرة والحال لا يخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول
فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق
يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى
انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك
اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة
مقصود كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة
وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون منقسما
في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة
شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل

كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي فان قيل قال المصنف
فلا يتوزع الاجر على اجزائها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء
العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة
بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فلزمه العوض
بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض حقيقة تنقسم على
اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع
كما في البيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط اتصل بالثوب كان ذلك تسليما
تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم
يكن المرجوع عنه وجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة
فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ الى
غيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع
بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو
منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب
باجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب
به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط
التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط
ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان
والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على ان من استاجر خياطا يخيط له
في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر
ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت
له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال ثم قال ولكن نقل عن التحفة ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب
فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التحفة او الفضل الكرماني في هذا الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة
على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وارى ان ذلك
لا يكون الا عند تعيين لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا او للبدن او للذيل حصة معلومة
من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على
حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرته كما في كل الثوب ولعل هذا محمل المصنف
قال رحمه الله ومن استاجر خبازا ليخبز له • ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير
المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل
بماذا يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز
من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل

الافراغ لا اجرة له لهلاكه قبل التسليم فان قيل خبزه في بيته عجز ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد
فهو اجير واحد واستحقاقه الاجرة لا تتوقف على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من نوع
العقد في صحته على المدة لمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر على العمل فكان اجيرا مشتركا
يتوقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه عمله بازاء
التسليم وصار بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه خيانة توجبه قال المصنف وهذا
اى قوله لا ضمان عليه عند ابى حنيفة رح لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن
لان العين مضمونة عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته
ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء
ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل
وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار
القدوري واما عند غيره فهو مجرى على عمومه بان لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله
وكذا على قولهما لانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استاجر طباخا
ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تغريفها الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجره لطبخ قدر
خاصة فليس عليه الغرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابى حنيفة رح اذا اقامه
فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لم يصر
لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه اى ينضده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا
وباقي كلامه ظاهر **قال** رحمه الله وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار وكل صانع لعمله
اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف
قائم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم
في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل على
هذا التقدير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه
فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد
فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابى يوسف ومحمد العين كانت
مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء
ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال
بالحاء المهملة والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل
انما هو قائم بالحامل ويعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن
ثم من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا
مختار بعض المشايخ واختاره المصنف وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان ان اجير البياض
في الثوب بازالة الدرن عنه لعمله اثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا
فظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس

لعمله اثر في العين قايم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه باعه
منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر هو
مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر قيل وهو مذهب الشافعي ليس له حق الحبس في الوجهين يعني
فيما لعمله اثر في العين وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم
الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة
العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط
حق الحبس ونظيره خلاف الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان يحبس وقد تقدم وصار
كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع ان يحبس وان تسلم المشتري بملكه بغير رضاه
قال رحمه الله واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه • واذا شرط على الصانع ان يعمل
بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا والباء للحص
بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه
كالمنفعة في محل بعينه كما ان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل
لانه ان خالف الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من تلك كان ينبغي
ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل
عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والانتقاص
لعارض ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي
فاما ان يكونوا جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول فله
الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر
الهندواني واختاره المصنف واليه اشار بقوله ومراده يعني القدوري اذا كانوا معلومين وان
استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد فلانا ميتا فاما ان يرد الكتاب
او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد له اجر الذهاب وهذا بناء على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد
انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق
الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب
وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجده
ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناقض
على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه والله
تعالى اعلم **باب ما يجوز من الاجارة وما لا يكون خلافا فيها** لما فرغ من ذكر
ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده
وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا **قال** رحمه الله ويجوز

استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا
ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف
فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع
وهو متنوع فرجحان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط
نصا فينصرف اليه قوله ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد
يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على
ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من التسكين والاسكان والوضوء والغسل وغسل
الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه
ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة دون
اليد لان فيه وهن البناء وفي الجملة كل ما يتضرر به البنا جاز ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله يسكن
جاز ان يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ويثبت به الاسكان دلالة ويجوز ان
يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به ويثبت به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر
بالبنا ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر
انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من
بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة
او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع
ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان
في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع
ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البنا والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك
منفعة مقصودة بالاراضي فيصح بها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعهما وتسليمها
فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب
الموجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا
ويتملكه برضى المستاجر او لا وان شاء رضي بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لذلك
لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فليس له ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا الا برضى المستاجر وهذا بخلاف
الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة
رعاية للجانبين وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر
وفي تركه باجر رعاية الجانبين فيصار اليه واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر
قال رحمه الله ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل • اذا استاجر دابة
فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من يشاء او على
ان يركب فلان ونحو ذلك فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا
فان ركبه شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد

فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا
لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها
عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد
فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين له من ركبه اولا سواء كان المستاجر او غيره
لانه تعين مرادا من الاصل على الوصف الذي قلنا فان ركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الذي
هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من يشاء وان
كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلك
كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه
اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل
قد يتفاوت السكان ايضا فان سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه اجاب بقوله والذي يضر
بالبنا خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف
ويجوز استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا
ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله
في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة
كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى الكيل
والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل
اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعني بما اذا كان مثله
او لكونه خيرا يعني بما اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان
مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا به وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان
يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من ظهرها بخلاف القطن
فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير
الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان
الرديف اثقل او اخف من الراكب لانه لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف
ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا
جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطاء فمات فالدية بينهما انصافا لانه رب
جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه لو اردف صبيا
ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه على اسم الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان حملا لا يطيقه
مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من حمل في

جنس المسمى كما لو استأجرها ليحملها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن
جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون
في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما اذا استأجر ثورا ليطحن عشرة مخاتيم حنطة فطحن
احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما
يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فيعمل ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال
الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعضه دون
بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا تبين فرق ما قيل عليها اذا استأجرها ليركبها فاردف
رجلا فانه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره
ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يجب
زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في الاركاب بمفرده مخالفا من كل وجه وفي الارداف مأذون
من وجه دون وجه وهو نوع جلد تجارة **قال** رحمه الله وان كبح الدابة بلجامها او
كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته
لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل
تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون
داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا انه
حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود
وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة بكسر الحاء
المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية
موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر فرسخا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذا العارية واختلف
المشايخ في معنى هذا الوضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهي
العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك
معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها
ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق
بينه وبين المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا
بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد ردا الى نائب المالك
والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز
عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد ردا الى المالك الا
بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم
يوجد الرد على احدهما والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة
يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو

الذي

الذي لم يوجد منه سبب ضمان يتنوع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قبل الرد الى المالك او نائبه
الازم للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى غاصب لم يوجد منه سبب ضمان يتنوع بالرد
عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على
عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء
مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم
لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما لحقه من الضمان على المالك
كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من
وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقه ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود
لان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود
فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج فاستعمله بالموافقة
فانه نزع فاما ان يستعمله بسرج آخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله
الحمر اولا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا
فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بانه هذا مقيد بانه لا يسرج بغير هذا
السرج الذي عينه صاحبه اذا كان غيره مماثلا وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح
وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن
فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى يوضع
على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرج بسرج البرذون
ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اكفه باكاف لا يوكف بمثله
الحمر يضمن لما قلنا في السرج لانه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف
يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه
لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن
المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان
فرواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام
وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة
فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة
اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج
منوين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف في الدليل قال لانه اذا كان يوكف
بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو
سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة وكان

مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما فيه من المثال الا اذا حمل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر للانبساط وعدمه ومن استاجر حمارا ليحمل عليه طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون مسلكا مما يسلكه الناس اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعر واخوف او نحو ذلك اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل اطلق المطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني مما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال رحمه الله ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة • ومن استاجر ارضا للزراعة شيئا فزرع مثله في الضرر بالارض او ما هو اقل منه فله الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو اضر بها كالرطاب فمن استاجرها لزرع الحنطة مخالفة الى شر فيصير بها المستاجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لعمومه جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا لخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج المحترز لوقوعها في محلها قال رحمه الله الاجارة يفسدها الشروط • تفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلته في كونها كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما صح اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وغيرها وعن قاضيخان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عندهما متقومة ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيح فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب عين المسمى اذا زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر

واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهول و البعض منها غير محصور كذلك ومحصور لترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فيصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة الاخر او لا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بالاتفاق ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على ان رأس الشهر عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد وتعيين ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهي من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكرا وفي مثله يتعين الزمان الذي يتعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له وبعضها ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا تقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلثمائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعداها الى غيره ولابي حنيفة ان تمام الاول واجب ضرورة لتسمية شهر وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فانه مثل

هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة بالايام وعندهما الباقي يعد الاول والاخير بالاشهر لم يذكر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهو مسئلة الاجارات قال رحمه الله ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام • استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرها في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحمام وكره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي وروى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان تدخل مكشوفة العورة فاما مع الستر فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في الحجام قد انتسخ لما ذكر في اخر حديث ابي هريرة فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب الفحل اي ضرابه وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة الجواز وجها وهو انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله على عمل غير متعاين على اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ بلخ استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وقالوا انما كان المتقدمون فعلوا ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وكان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا

للامام

620

للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال رحمه الله ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك • ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره اجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مستقلا من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه اجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا ان التسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو ان التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل فكانت المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التملك بالتخلية فيحاصل وقوله واما التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو متعقب لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ثبوت الشيء بما يتاخر عن ثبوته وقوله بخلاف ما اذا اجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من شريكه ووجهه انه اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار دون اخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشايع كما تقدم اذا الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدايم لانه في الشايع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضره جواب عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف في النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف

الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي منهما
في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم و وجوبه
في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهرا الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من جانب لكنه
في قوله وبخلاف ما اذا آجر منه ثم عن ذلك يعرف بالتامل وقوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب
عن ذلك و وجهه ما قال لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ فان قيل
لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء
من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء
فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض واما الخصم
فيقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال الطارئ انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا نزاع
فيه قال رحمه الله ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة استيجار الظئر باجرة معلومة
جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو
المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يتبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب
والايضاح و المصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه
تبع و المعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به
واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر
هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان
مقصودا كمن استاجر بقرة ليشرب لبنها وعقد بيان ان العقد على الارضاع بلبن الشاة
و تعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح
وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مدار قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل
المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق باموره وسائط
منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على
اتلاف المنافع مع الغنا عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشبث له بما روى ابن سماعة
عن محمد انه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام
دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فمعناه ما منعنا
انه يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام
محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا من جواز الاجارة باحد الطريقين صحت اذا كانت
الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسالة جوازها حتى
صدر الحكم واستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع
الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة

معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة لان العادة
الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من
الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخ
وكسوته وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى انه جعله جميعا بمعرفة الجنس والاجل والمقدار
وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها اي مكان المسمى
من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان
يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو
حق ولو قيل في كلام المصنف لفظها بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا اي الى ذلك وهذا اي
جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله
اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام ثبتا ويشترط اثمان اي اوصاف
اثمان من وجه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه
في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل
ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والبا في ظاهر قال رحمه الله وليس
للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها وطي المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا
كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما
اذا كان الزوج ممن يشين ظئورة زوجته او لا وهو الاصح لانها اذا كانت ترضعه في بيت ابيه فله
ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما
ان للمستاجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله لان الرضا بالعقد لا يثبت في حقه فان حبلت
كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف
عذرا تنفسخ به الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها بمعنى العمل الراجع
الى منفعة الصبي على الظئر والبا في ظاهر قوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت
بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قلنا فانه انما
لم يجب الاجر لا لاختلاف العمل الا لانتفاء اللبن وهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة
نعم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل
بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او
مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها
او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد
ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص
امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على انها
يجوز ان تكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل
واحد منهما وفرغت تامة وهذه خيانة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحتملهما

فقلنا بانها تستحق الاجر منهما بحمل تشبيها بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص **قال** ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله

قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما له بقفيز منه لانه فى معنى قفيز الطحان فيجعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان نهيه على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه فى معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما فى معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب بحكم تعارفهم بذلك قلنا الدلالة لا عموم لها حتى تخص عرف ذلك فى موضعه قوله والمعنى فيه يعنى المعنى الفقهى فى عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجر الاجرة فى الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الاجرة فصار الطعام مشتركا ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة اخرى وهى ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكنه يفسد الاجارة لكونها فى معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما له بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لانه وهو نصف الحطب ههنا فى غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابى يوسف فلا يجاوز به نصف ثمن الحطب لانه رضى بنصف المسمى حيث اشتركا وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء **قال** ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمى به لانه يختم اعلاه كيلا يزاد او ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابى حنيفة وقالا هو جائز ذكره فى اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ فى اليوم فعليه ان يعمله فى الغد لانه المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للتعجيل لا لتعليق العقد به فكان استاجره للعمل على ان يفرغ منه فى اسرع الاوقات ويحمل على هذا تصحيحا للعقد نفيا للجهالة لتصحيح العقد ولابى حنيفة ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستاجر فى الثانى

لايجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير فى الاول لاستحقاقه وان لم يعمل اذا مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير الاجر نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثانى فيفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بلفظها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التى هى التوقيت الى المجاز الذى هو التعجيل وليس فى مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف فى موضعه فحيث جعله شرطا دل على ارادة التعجيل يؤيده ما روى عن ابى حنيفة وهو المذكور فى الكتاب انه اذا قال فى اليوم صحت الاجارة لان فى للظرف والظرف لا يستغرق الظرف كما مر فى الطلاق فكانه قال ان عملت فى بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه وتلزم الجهالة **قال** ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويسقيها ويزرعها فهذا ان الشرط الذى لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذى يقتضيه العقد لا يفسده كما فى البيوع فان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتاتى الا بالسقى والكراب فكانا من مقتضياته فذكرهما لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هو كذلك لا يوجب الفساد لانه يبقى من الارض بصيب المستاجر منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة وهو منهى عنه واما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد ان يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان فى موضع لا تخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثانى ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته فى العام القابل وقال المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته فى العام القابل دون الاول ولذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا تجوز اصلا وكذلك اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب قال الشافعى هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان وفى هذا جازت الاجارة بدين حتى لا بجنس بالاجماع ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان دينا بدين ولنا فى ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى النسيئة فى البيع الحد الطريق ذكره محمد وهو ما روى ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة فكتب فى جوابه انك اطلت الفكر فاصابتك الحيرة

وجالست الحناني فكانت منكرة لنا اما علمنا ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسا والحناني
اسم محدث فكان ينكر الخوض على ابن سماعة فهمه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين
الاول ان النسا ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني
ان النسا انما يتصور فيما له وجود في الحال وما ليس كذلك وما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس
بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد بتاخر المعقود عليه ويحدث
شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة
وفيه نظر لان في النسا شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب ان
الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق به تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان المنافع
لم تجعل الا بان يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحيح لعقد النسا
ولزوم وجود احدهما حكما وعدم الاخر فتحقق النسا ويجوز ان يسلك طريق اخر وهو ان يقول لا شك
ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الاخر او لا فان كان الاول
لزم النسا وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال القسمة غير حاصرة لجواز ان
يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم والثالث ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ اجيب بانه تحقق ذلك لان العين
والمنفعة ليست بدين وان حصل سمى المعقود عليه بمعناه يقام العين مقام المنفعة فيما لم ينعقد البدل
ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بعقد
فاسد فعليه اجر المثل وروى بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسد
قال واذا كان الطعام بين رجلين • واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما
صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني المسمى ولا اجر المثل وقال
الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا
مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه
استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس
بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو
ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم
المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان
استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوصف الذي اوجبه العقد
فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب وقوله بخلاف البيع جواب
عن قياس الشافعي على البيع ولان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع شرعا ممكن
بان باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل اخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما يحمل
من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا فيه لنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق

اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل
لنفسه ولغيره فالاول ممنوع فانه شريكه والثاني حق لكن عدم استحقاق الاجر على فعله لنفسه
لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل
موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله
عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله
بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك
منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع الطعام فيه اصلا
وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو الحمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله بخلاف العبد
جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه
والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي وكان الضابطة ان كل موضع
يجب فيه الاجر لا باتيان عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة
والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه يستاجرها للزراعة او لغيرها او بين
انها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر
للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه غيره كالذرة و
الارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها
ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لان العقد فاسد فلا
ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع
لان الاجارة عقد ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار
فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من
حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا باع
الى الدياس مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار اربعة ايام ثم
اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك ايضا لكنه اثبت ذلك
بدليله فيما تقدم فذكره ههنا بطريق لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في اول باب ما يجوز
من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع
القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق
فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد
انما يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لانه مباشرة مامور بنقضه فلا بد وان يؤخذ من الجائز حكمه
فاذا بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا لما مر في المسئلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليها ما يحمله الناس من الحمل ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب
الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة

دفعًا للفساد لانه قائم بعد **باب ضمان الاجير** لما فرغ من بيان انواع الاجارة
شرع في بيان احكام تعد الاجارة وهي الضمان **قال** الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على
نوعين اجير مشترك واجير خاص والسوال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير
المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل
حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم
مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف
وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يجوز عند عامة المحققين ولئن سلم ان
ذلك قوله كالقصار والصباغ جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بناء ذلك لان
التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية
وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فبانه
التسمية فكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ونزيده
قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر
ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذ هلك
المتاع بسبب اذا كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته
فوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان اما نحو المسئلة فحافظ الامتعة باجر فهلك
الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحريق الغالب وغير ذلك فانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين في يده امانة لان القبض حصل
باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لم يضمن ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما
في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق فقد فات بما امكنه التحرز
فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب بقوله والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان
العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلا بل لاقامة العمل فكان تبعا والحفظ
لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان
الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر **قال** وما تلف من عمله وما تلف من عمل الاجير
المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق
السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقا
اذا المستاجر ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب
عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل
تحت العقد لان الاذن انما يثبت في ضمن العقد ولازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل الصالح لانه هو الوسيلة
الى الاثر الحاصل في العين بفعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل الاثر
بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد ماذونا بخلاف

معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه بمقابلة بدل
فامكن تقييده وللملتزم ان يلتزم جوابا لامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع
له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة لكان اسلم وبخلاف الاجير الوحد
على ما نذكره قوله والانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير
فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن به بني تلف
بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي
وضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان
العقود ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في
المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه واما وضع
المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع
بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من
صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار فلان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته
في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته
في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من
هذا الوجه من حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين
شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه
ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما
عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بامره وانما اعاد رواية الجامع لبيان انه ليس في رواية
القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد
ونفيا انه تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك وبين
انه اذا لم يكن بامره ضمن ووجه ذلك ان الهلاك ليس بمجاوزة وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها
منهما غير ممكن لان السراية تبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز
عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مسيس الحاجة
ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه
ممكن لان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الجامع
ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لا يعلم منها قدر الضمان على
تقدير الحياة والموت اجيب بان ذلك عسير بقدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة
ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه
كلما ازداد اثر الجناية انتقض ضمانه اجيب بان محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة
وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما
اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه

فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لهلاكه فان قيل التنصيف في المبدأ يعتمد
التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة
فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يتولد تلفا وان لا يقع والتفاوت بعد
مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يتولد تلفا قال والاجير الخاص والاجير
الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي
غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية
وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يبقى للاجر مستحقا وان نقض
العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه
رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على
ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل
وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله
وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل
اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب
او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او يحرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد
فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده
لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع
استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء
حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الواحد لا يتقبل
العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان
المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره
فعمله صح ويصير المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمن
والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر
في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا قال للخياط اذا
قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق
واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان التردد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او
مسافتين وكذا اذا كان بين ثلثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك
البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر
انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة
ولا بد تقع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو
حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف
ومحمد الشرطان جائزان فعلى ايهما خاطه استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل

ببدلين

ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم
للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت
حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في
الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعدد الشرط اثر في
تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد
المضاف الى الغد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر
اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل
الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال ان خطته بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون
الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فانه به يتعين الاجر اللازم عند
العمل كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم
مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر
الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل
فيكون مراده لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم
تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل اخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد
وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع
بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاجيل مقصودا ايضا فاختلف الغرض كالنوعين من
العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة
ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة
لان التسمية الاولى باقية وانما هو بحط النصف لاجل التاخير فيكون معناه ذكر الغد
للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها لا يجوز
المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته
التي هي التوقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان
الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر
العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم تعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في
المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت
الى المجاز الذي هو التعجيل وصيانة يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب
المسمى وتفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة
الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما
على الاخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات
غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة بمسئلة المخاتم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت
وافسد العقد وههنا للتعجيل وصحح واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لانه ترك

اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة ممتنع لمفسد العقد فمنعناه ذلك عن الحمل عليه
وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز ومن
نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التاقيت مرادا وفساد العقد
ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال
والجواب ان الجواز بظاهر الحال فصحيح النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود على ان
ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر
حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق فاذا وجب اجر المثل فقد اختلفت الرواية
عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف
درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هو الصحيح وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة والتسمية
الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة
هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح
انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه **قال** ولو قال ان سكنت فهذا الدكان عطارا
فبدرهم • ولو قال ان سكنت فهذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين ولو استاجر
بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه
ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم وذلك كله جائز عند ابي حنيفة
خلافا لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز بعقد
الخلوص وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل
ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة خاصة كما في نظائرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذلك
الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل
مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف
الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل
فالاجر يجب بالتخلية في الدار والدكان وبالتسليم في العقد فتبقى الجهالة وهذا الفرق اي قوله يجب
الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين
مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف
اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها قوله والاجارة
جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية الى اخره وتقريره ان الاجارة تنعقد للانتفاع وعنده ترتفع
الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر ولا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية
بان تسلم ولم ينتفع به حتى تعطل المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به والله تعالى اعلم بالصواب

باب اجارة العبد

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان
وجهه بانحطاط درجته ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان

خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر
في ملك منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا المستاجر واجيب بان المولى انما يسافر بعبده
لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده
سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة
على الاجير بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فالمستاجر
اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزم من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة
الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما تريه
انقطاع لان المعلل احتاج الى ضم المقدمة وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته فيها وهو ان يقول
ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى
له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري تتقيد
بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه ودفع ضرر مؤنة الرد على ما
ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم اراد المستاجر ان
يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر
المستاجر فكان عذرا يفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها
الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا
تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركبها بنفسه
ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذا ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه
شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك
لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال
ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب
والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على
اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان
يسترده منه **قال** ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن
عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه
الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون في النافع ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف مال
محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف
يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ولا يد العبد
لذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب
بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد
المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له
في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا وهو

العاقد رجع المعقود اليه فكان له القبض وفايدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يجعل
بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان لا جر له لانه
ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد
استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا
والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا
والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرتك هذا العبد
وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه
الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف
الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبني هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك لان
واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من التنكير فكان الموجر
قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة
وشهرا بخمسة قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى آخره ظاهر خلا قوله فيتحرج بحكم الحال فانه يشكل
بان الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر يستحق
الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا وان لم
يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض
كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في
الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما
وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض **قال** واذا اختلف الخياط ورب الثوب او اختلف
المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة او الصفرة فالقول
قول من يستحق منه الاجر وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا
انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فاذا حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير خالف وههنا اختلفا
في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك واجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب
الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق بخلاف الا اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر
في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني
قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن
محمد ووجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون
في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه
رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال

صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر
تقوم عمله لانه يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف
ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لانه
سبق ما بينهما باجر تعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا
بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر
اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر
يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع والله اعلم

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة **قال** ومن استاجر
دارا • تنفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا
للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة
فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا تضر كحايط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت
احدى عيني العبد فلا ينفسخ له قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه
هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا ولما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء وكان العيب حادثا
قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض
المستاجر او قبله لان ما حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع
ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري
اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر ما به العيب لا خيار للمستاجر
لزوال السبب واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة
وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها
فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار حاضرا او غايبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة تنفسخ بانهدام
الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة
المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع
المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا
من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر دارا فانهدمت
فبناه الموجر ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه
ينفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد
المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه
جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد
المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة
به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز
لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة

يستحق ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال لكان ذلك قولا بالانتقال مما لم يملكه المورث الى
الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي من الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه من
صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد ويتفرع على
ذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر
ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجرة وقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب
بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثم قاض
يرفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثم دابة اخرى يحمل عليها متاعه
تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة بموجب
ما بينا في البقاء وهو موت الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري
لا يرد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة
ولم يعقده لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كل ما عقد العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بانه كلما انفسخ
يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا
مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة والاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد
موجود فيه فانفسخ لاجله **قال** ويصح شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة
على انه او الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار
للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه تسليم على الكمال
وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض
العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو
كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا
يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط
قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان
الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فوات
في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيثبت ما في
لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر
المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا
خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر ثم طلب
التسليم او لم يطلبه حتى كان للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا وان الموجر يجبره
عن ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع
في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعضها تناوله العقد قبل القبض يتخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد
تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يكون فيها تفريق
الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستاجر بيانا لفرع اصلنا لا استشهادا على

المنضم فالمراد به **قال** ويفسخ الاجارة بالاعذار عندنا. تنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا
وعند الشافعي لا ينفسخ الاجارة الا بالعيب بناء على ما مر من ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
حتى يجوز العقد عليها فكانت كالمبيع والمبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع
غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في المبيع فينفسخ
به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد
عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وانه
مجموع بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع واستاجر انسانا ليتخذ وليمة
العرس فماتت العروس واستاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقطعها ثم برأت فانه لا يجبر المستاجر على قلع
الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا
الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي
اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير
وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيها الى القاضي وذكر وجهه
في الكتاب وذلك في الوجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيما ذكر غيره مرة وصحح
شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضيخان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان
العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج
الى القضاء لظهور العذر لانه يظهر العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر
نظر لنفسه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع نبينها قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر
من تفاصيل الجامع الصغير لكنه هل المراد بيعه بعدما آجره واختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة
الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع والبيع
قال الصدر الشهيد قوله اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه
الا من قبل وقد يتحقق فلو سبب الخياط حانوت عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه ليخيطه
كثيرة ونصيب بحيث ان الناس لا يأتمنون على امتعتهم قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم
سافر فهو عذر فقيل عاد قال الموجر لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوى
السفر فالقاضي يسأله لم يعزم يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم ان فلانا هل يخرج
معك او لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب
سفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلفه القاضي بالله
انك عزمت على السفر والبعالي الكرخي والقدوري واعلم **مسائل منثورة** معنى المسائل
المنثورة قد تقدم وحصل الزرع ما يحز به. والحصائد جمع حصيدة وهي الزرع المحصود
والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت
غير محازة قال في النهاية بالنون من حيزنا بسكون وفي نسخة هادية من هداية بالحرم مع سكون
التفصيل الذي ذكره من العادية والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا قعد

الخياط يعني اذا كان الخياط او الصباغ في دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه
غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق
ويجعلان ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان رأس مال صاحب
الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل
اجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستاجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف
ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان ووجه
الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل انما
تكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل بحذاقته وهو متعارف
فيجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل يباشر كل واحد
من الامرين اجيب بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في
كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه
فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل
ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا ههنا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو يخالف ما ذكر المصنف
فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يتقبل وهذا بحذاقته يعمل
لشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله
استاجر جملا ليحمل عليه محملا ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من شعار
وغيره وقوله رد الزاد معتاد جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين
انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض [illegible]
والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل [illegible]
في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا [illegible]
وعدم المانع والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد
بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه
يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع
والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض
وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق
الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب [illegible]
الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء وللولاء حكم من احكام العتق
ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك [illegible]
الرقبة للشخص ومنفعته لغيره وهو انسب بالاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات
الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد [illegible]

عبده بلفظ الكتابة او بما يؤدي معناه من وجه وكل فقوله عقد تجريه تعليق العتق على مال فان المراد
باعتبار الايجاب والقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كما في النهاية [illegible]
الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة
او بما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال
وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى معلوما
قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق
بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في
الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك
على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم
كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال واذا كاتب المولى
عبده او امته على مال شرط عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك
وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
ودلالته على شرعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان
[illegible] المصنف بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان يعمل او مندوب او
مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول
اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال
وانما هو امر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده
اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيانا لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على
الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب
اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين
بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط
القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور
الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال
صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما اخذ الصحيفة
من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق
اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل
الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك
اذا اديتها الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم [illegible]
[illegible] فكل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه [illegible]

حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع
فانه يثبت الملك به وان لم يصرح به لكونه موجبه و لا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال
الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه والظاهر قوله تعالى وآتوهم
من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه
قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة ولهذا امرنا ان نعطي المكاتب
من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى
اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على
حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لان القران
في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة يفيد
للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا لا بد الكتابة عن
اي يشترط كونه حالا او مؤجلا غير منجم ومنجما وقال الشافعي لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم
في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا للملك المال والعاجز عن التسليم
لا بد له من اجل يقدر به على البدل كما في السلم السلم العاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي بغبن
البدلية فلا بد له من اجل اما يقول بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان
احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا انه يقول احتمال القدرة فوجد هنا
ثابت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب وصدقة
بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى
فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود
عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس بلازم بل
على جوازه يتبايع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع والقدرة عليه
ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه
كما عرف في اصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد ارفاق
وما يملكه المولى فالظاهر من مولاه انه يمهله فانه لم يعجل وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا
او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز الا
العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول لانه
اهل القبول والتصرف نافع في حقه والحجر لحقه يشبه الى النافع وخالفنا الشافعي فيه وهو
منه بناء على مسالة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوز لانه ليس من اهل التصرف فلا يجوز لانه
هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصها انه يخير بين المولى والتصرف نافع فيجوز لانه
اذا كان العبد لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا
يعتق ويسترد ما دفع وقوله ومعنى قال العبد جعلت عليك الف درهم تؤديها الي نجوما اولها كذا واخرها كذا
فان اديتها فانت حر بيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجرد

جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوما الى آخرها يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستادي
عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت
فانت رقيق فليس بلازم وانما ذكر ليحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتبة بدونه
صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلف الروايات في رواية ابي سليمان
هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال الواجب لا
بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص قيل اي في روايته
لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا فهذا الشرط فانت
حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر
الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ مختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون كتابة
قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة
بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج
عن يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصل في الحال الى مالكية نفسه التي
تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة
فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب
عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او لتحقق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او قصيرا نهاه المولى عنه اولا لان مقصود
المولى وهو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا من قوله صلى
الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما تقدم ومبناه على المساواة وينعدم
ذلك اي المساواة باعتبار التساوي لم يحصل العتق ويتحقق تاخره لانه يثبت للمكاتب نوع
مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل لما كان حقا من وجه لضعفه
فانه ثابتة في الذمة مع المنافي لان المولى لا يستوجب على العبد دينا فلهذا لا يعتق بالكتابة فلو ثبت
العتق بها منجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما فاتت المساواة لا يقال الكتابة على قول ما تقدم ايضا
لانه نوع مالكية ثابتة له من كل وجه وهو الحق الثابت عليه من وجه فاين المساواة لانه نوعها الكتابة ايضا
ضعيف لاحتمال عوده رقيقا فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته المتعلقة لانه مالك
لرقبته فينفذ اعتاقه في ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته
لزمه العقر لانها اختصت باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى
الحرية من جانبها بناء عليه لانه في الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان
لانها المقصودة من الانفس قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولزم العقر عند استحقاق الكتابة ولهذا
وطئها شبهة ولو كان الوطء كالمنفعة لتعدى حقه الاستخدام وليس كذلك فانه يلزم به الحد
واذا جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية وقد بينا اشارة العقل لانها صارت اخص
باجزائها والله تعالى اعلم **فصل في الكتابة الفاسدة** ومن تخيل ابنا ساله على الصحيحة

لا يخفى على احد **قال** واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا امورا تفسد عقد الكتابة على ما
ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة
العبد نفسه او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما
ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها
مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة
فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما ذكر وانا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال
له ان اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة
نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية
الا باداء قيمة الخمر **قيل** وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر
لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا **قيل** اي باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية
وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكر في المبسوط والذخيرة فعلى
هذا كان من حقه ان لا يخص بابي يوسف وان لا يذكر بكلمة عن **قلت** صح اذا كان الالف واللام في القيمة
بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية
عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ
يكون العتق بواسطة حصول الشرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه
لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان اديتها الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر
والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل
المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط
وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق بعين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت
لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وفيه
اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يزول
ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوته شيء والعبد
رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا تبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها
يمتنع المولى عن العقد فيفوته ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل
اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا
بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في
بقائه وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل لو امكن اعتبار معنى عقد الكتابة في
القيمة لاستحقاق المسلم تسليم ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل تعرف باحد الامرين اما ان يتصادقا
على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما واما
كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فاذا اتفق اثنان منهم على شيء جعل ذلك

قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان
قيل مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله وان الجهالة
في الفساد لا في البطلان كما في البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة
على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما يعتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه
على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق
منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر
لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته على ما في القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين فان **قلت** فان ادى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق او لا **قلت** ذكر في الذخيرة
ان الاصل عند علمائنا الثلثة ان المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء
القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة **قال** ولذلك اذا كاتبه على شيء
بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء وهو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا
كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى
او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره
جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز
الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم عتق وان عجز يرد
رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان
التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لوجب
والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه
والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل فقد تقدم
ان بدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبني جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه
فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير
عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير المبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه وقوله بخلاف الصداق في
النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل
وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الوضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى
الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخليصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك ففيه روايتان لا يجوز
لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى
بناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا
المال من العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال
في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بينهما اجازة
المالك وبينهما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة
لان ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف يليق بالحاجة

الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيما اذا فرض
المسئلة فى ذلك على ما بينا انه ارادة شئ يتعين بالتعيين وعن ابى يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز
غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما فى النكاح والجامع صحة التسمية
لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين بسبب واداه فعن ابى حنيفة رواه ابو يوسف
عنه وروى عن ابى يوسف ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية لانه
قال له اذا اديت الى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابى يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل
لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين معين فى يد
المكاتب سوى النقود ففيه روايتان فى رواية كتاب الشرب يجوز وفى رواية كتاب المكاتب لا يجوز
وهى مسئلة الكتابة على الاعيان وهى التى ذكرت فى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره وذكر
وجه الروايتين فى كفاية المنتهى ولم يذكره ههنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار
فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال
الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله فانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه
لو كاتبه على دراهم او دنانير فى يد العبد بان كان ماذونا بالتجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات
لانها اذا لم يتعين كانت الكتابة على دراهم مطلقة وهى جائزة **قال** وان كاتبه على مائة دينار
واذا كاتبه على مائة على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
هى جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة المكاتب عبد وسط ويبطل منها حصة العبد
ويكون مكاتبا بما بقى لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكذا
صلح بدلا صلح مستثنى منه البدل وهو الاصل فى ابدال العقود وقالا ان الموجب لهذا الاصل
ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهى
لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه
كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركى او هندى ولا الوصف انه جيد او ردئ جازت وينصرف
الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة فى العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر
غلاء السعر ورخصه ولا ينظر فى قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فلا بد
ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل فى الحيوان المجهول اذا
ثبت فى الذمة ان ينصرف الى الوسط كما فى الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على
قبول القيمة لانه قضاء فى معنى الاداء على ما عرف فى الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف
بها وقد مر فى النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها
يتحمل فى الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك
الى الحصاد او الدياس او العطاء صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضى الله عنهما اجاز الكتابة على
الوصفاء وهى جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعى لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة
فاشبه البيع فان تسمية البدل شرط فيهما كما هو شرط فيه والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول

يجوز

لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائه
او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها
فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت فى الانتهاء معاوضة مال بغير مال وهو الرقبة
لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح فى الانتهاء وفى ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا
المقدار كان فى الحاقها بالنكاح قوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة استظهار وان لم
يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها تشمل اجناسا وكذلك الثوب فيتفاحش
الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز لما جاز فيما اذا كاتب على عبد
لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب
ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الكتابة والوكالة
والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما يبنى على المماكسة كالبيع والوكالة
دون ما يبنى على المسامحة كالكتابة والنكاح **قال** واذا كاتب النصرانى عبده • اذا كاتب
النصرانى عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر فى حقهم كالخل فى حقنا وايهما اسلم
فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم تمليك الخمر لان الفرض
ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة
فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل
اليد كما اذا غصب المسلم من الذمى خمرا ثم اسلم الذمى فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد
الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف
ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قال البعض لان العجز وقع
عن تسليم المسمى ووقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا فى البيع بحال فيفسد ويصلح فى
الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف اى عبد الخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى
العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قال البعض لان بعض
المشايخ قال ينبغى ان يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة والرواية فى الكتابة رواية فى البيع
واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى
سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يصح الكتابة لان المسلم
ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا فى اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال
زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل
وقع العتق وذكر التمرتاشى انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان فى العتق باداء الخمر روايتان والفرق
على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان فى هذه المسئلة
انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا فى هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على
القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر
لم يبق بدلا فلا يعتق وفى مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا ولم يتبدل فلذا

حاجة الحاجز عنها عن البدلية واذا بقيت بدلا عتق بادائها والله اعلم بالصواب باب

ما يجوز للمكاتب ان يفعله لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز
للمكاتب ان يفعل وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح قال ويجوز
للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب
من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكان اعادها تمهيد القول فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيان ثم وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد
الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه
لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب على الارض والتقلب بمكان ينافيه الشرط
المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجيب
بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل
في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدم مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في
بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع
حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها
معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب
العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة في
جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء
وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة
وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به وهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى
المقصود ومقصود المولى من البدل وذلك ببقاء الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للاداء
وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحته فان الحجر
انما اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير لانه
فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز
وهو فاخر المتاع ويسافر به مخرجا الى المجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل عاذكر ولا يملك بنوعيه يعني
في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض
لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانه يطالب
صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس
لا ينافي ذلك ولا يضره اجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب
الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمولى مثل ما هو ثابت له
يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير بخلاف الاعتاق على مال لانه
لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول لان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على

اداه

اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني
ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه للمولى لان
له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب المولى بواسطة الاول وكانت كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة
ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول وتحقق اضافة الاعتاق اليه في الجملة يقال مولى
زيد ومعتق ذيه مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يحنث في الاستيمان على مواليه فاذا تعذرت
اضافة المباشر الحقيقة لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه الى المولى لكونه علة العلة كالعبد
اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لان العتق انتقل اليه لعدم اهلية
المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان
ثم مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف
الى التسبيب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زال فيجر الولاء
الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل
ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب
انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكرناه ههنا ليس من ذلك
فلا يملكه وقوله واما الثالث فتستحصله لانه من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك
العيب وكل منها ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال وقوله وكذلك
الاب والوصي ظاهر وقوله ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا اما في تزويج الامة فلما مر آنفا واما
في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظرا وقوله فاما
المأذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض
يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقله عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال
ترك ذلك الخلاف دليل على الاتفاق وفيما فيه وقولهم يعني ابا يوسف قاسه على المكاتب فان المكاتب
يجوز له ان يزوج الامة وكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون
له جاز ان يؤجر عبده وامته فكذلك يجوز ان يزوج امته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل
القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة
بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين
لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج
وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غيره فلا نسلم
اولويته ولهما وهو الفرق بين المأذون والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة
ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب لانه اسم لما يحصل
به المال وبالتزويج يحصل للمولى المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه اي التزويج دليل آخر ومعناه ان
اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال

لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك هولاء اي المأذون
والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال **فصل**
لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها
بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل **قال** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل
في كتابته تقديم الاب في الذكر هنا على الابن للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن
مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يثبت
في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال الحياة ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم
الاب والمشترى يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا او لا ولا يمكن من السعاية
على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة
ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا او مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا
لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب
بيع الاب لما ان كتابته الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشترى
من الاولاد وبينها اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشترى لم يسقط
من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشترى تبع من كل وجه
فلا معتبر به في امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من
وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى ابنه
وبنته ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان
واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة
الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب
كسبا لا ملكا لانه ملك الغير حقيقة ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب
يكفي للصلة في الولاد دون غيره لان الانسان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب
نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام
والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسطة بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها
بالثانية اي بالقريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي
البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من
العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها بها ايضا في العتق لان [illegible]
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال احد
الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما **قال** واذا اشترى ام ولده المرأة
المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان تملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له
ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه
وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة لم ان القياس ان

بيعها

بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل
فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل
الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لانه لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى
لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد
تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدونه الولد لو ثبت هذا الحق يثبت ابتداء والقياس ينفيه
وللقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص
نفيه بالابتداء دونه مما لتصحيح الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من الاستحسان
بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا اشكال ان الولد انما يعتق الام اذا ملكها الاب
وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد
للمكاتب ولد من امته لم يدخل في كتابته لما بينا في المشترى يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل
ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من امته
حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء امته لكن ان وطئ وادعى النسب
يثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن ان وطئها فولدت وادعاه
يثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده
والجارية ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب
بما له من حق الملك في كسبه عند الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها ههنا يثبت نسب الولد
منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد
قوله وكان حكمه كحكمه اي كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد كسبه اذ الولد
كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده ولذلك اذا
ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري
من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد
والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الابقة فانه
بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا
بيع المستاجرة والجانية فان الام اذا اتصفت بهما امتنع بيعها [illegible] لكنه ليس بمؤكد
فقولهم والاوصاف القارة احترازا عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احترازا عن السواد
والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيعها
قال ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في
الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام
ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ
دخل في كتابتهما وكسبه لها اي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الصحيح لان
فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعيتها للام ارجح لانه جزء منها حتى يقرض منها بالمقراض

وان تزوج المكاتب بامر مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد لا
ياخذها المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار
بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
فيجب عليه قيمة الاولاد والمصنف طال الوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط
وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتاخر اداؤها الى ما بعد العتق والى هذا اشار المصنف
بقوله لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة الحاقه ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عند اداء
الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في
الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة
وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة
وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع من الالحاق موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق
بالتاخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطئها بغير اذن المولى او باذنه
لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ
به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ منه حتى يعتق فيما اذا كان
بغير اذنه وحكم الماذون له كذلك قنا كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت
الشراء والشراء اوجب سقوط الحد او وجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه
ظاهر لا يحتاج الى تخريج **فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل
الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان
للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما
يتخير لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فيتخير بينهما ونسب ولدها
ثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى علق الاعتاق في ولدها
لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه علق بحرية ولدها من غيره فصار افادة على ذلك ضمنا
للدعوة بطريق الاولى قوله وما له من الملك دليل قوله ولنسب ولدها ويثبت بها غير التصديق
ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في جارية
جاز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه
فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قررنا يعني قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانه صار احق
تفصي باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى بعد مضيها على الكتابة عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما ذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب
لها وهذا ابقاء الكتابة يجب بقاء الكتابة بشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط
ولشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامته ان دخلت الدار فانت حرة ثم طلقها

لانه يبطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة
الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط واذا ماتت
هي وتركت مالا تؤدي منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك
مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى
بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن تحريم الوطء وههنا محرم وطؤها
فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر **قال** واذا كانت المولى ام ولده جاز واذا كاتب
المولى ام ولده جاز لان الكتابة ليتوسل بها الى حصول الحرية في الحال والحرية عند اداء البدل و
تمام ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال
احدهما يقتضي العتق ببدل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه
لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد
غير متقومة عند ابي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا
ورقبة والكتابة لرفع الاول في اول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل
ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخر
بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة
لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط
وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب
بيتق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه
وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين
احدهما انه يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول
يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه
وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه
لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل البطلان بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له و
المعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي
عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتامل ولعله سهو ولو ادت المكاتبة بالنصف
اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو يتعدى بنفسه في قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لانها باقية واذا كاتب مدبرته وضع المسألة مناسب لما تقدم من ام الولد ووضعها في
المبسوط في المدبرة انما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق
الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها
تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لان الثلث و في جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة وقد وقع
كلامه فنتعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله فتتخير لان في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان
يكون اداء الاكثر الى ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة

قوله وجب عليه احد البدلين فيختار الاقل قد اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز عنده عتق
كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لاغير واجيب بانا
قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فلربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجه وقوله
انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فكان كالثابت على كذا والمحل قابل لها كالقنة
فيصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والالحاق ما فرضناه
سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة صورته ان يكاتب عبده
اولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه
المسئلة وقوله لانها استحقت حريتها الثلث ظاهر اي يكشف بينا لا يخفى على احد لان اخراجها عن
بغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها لحرج عما عتق فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج
من ثلثه فقد استحقت حريتها كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حريتها ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت
قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فتعين ان يكون جميع البدل
بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل
قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه لا يقول بتجزي الاعتاق
واما على قول ابي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبرة وليس من النظر ان يبقى
بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ ذاك
عنده اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقط حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه تلقتها جهتا حرية ولها الخيار
ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من
جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة وان عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى فله
ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في
ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء
على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ومحمد مر على اصله لاحتباس الحرية والرق
لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل لما تاخر قال واذا اعتق
المولى مكاتبه • واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على
ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهتها فيسقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان
قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى
ولكنه ينفسخ برضا العبد واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه والظاهر انه
المولى واجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى العتق بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل اولى
ارضى وقوله بوسلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه اشارة الى جواب ما عسى ان يقال انه
راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فلعله تكون الاكساب كثيرة يحصل بعد اداء البدل منها مال
جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ

صار

صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال
لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا
لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلتم اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان
الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في
كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان لرجل على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة ووجه
الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل
الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه
ولم يختلف الجنس فلم يكن ثم ربوا وفيه بحث لان المال انما يتمول به وهو يحتمل الاحراز وذلك في الاجل
غير متصور ولان قوله فاعطي له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلان اعطى متعد الى
مفعولين بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان
اراد بقوله فاعطي له حكم المال من كل وجه فاتى الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه
فهو تحصيل الحاصل والجواب ان ما ذكر تم ان المال ما يتمول به ويحرز حقيقة اذا كان مالا من كل وجه وليس
معنى فيما ذلك وانما المراد ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف
قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال الغاية
التي يجوز ان يكون جهته في شيء ولا يكون معتبرا فبين بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا
للمكاتب قوله ولان عقد الكتابة وجواز للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه
لما تقدم انه يشبه التعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربوا من وجه فتغيره شبهة
الربوا وشبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد
بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال
واذا كاتب المريض عبده • واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال
له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان للمريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر تاخير حقهم
المرضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلثة وثلثون درهما
وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة على قيمته ومن له ترك
شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة
جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرها كان
احق فتامل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على
الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة
يتعلق بحق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله كحكمه فجميع المسمى
يتعلق بحق الورثة وما تعلق بحق الورثة لا يجوز للمريض اسقاطه الا ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى

بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الحمل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين ان يؤدي ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين ان ينقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى بعين الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير والله اعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرية البيع ونفوذ عتقه باداءه باداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب بانما ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما علينا لزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه

قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغايب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس فيما نحن فيه كالمستشهد به

لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق الغايب سقطت حصته من الكتابة ووجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب انما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر الى ان يكون فيه جهة اصالة او لا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فلا اي للمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه قوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول المسئلة فان ادى الشاهد او الغايب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان انه فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن ليفك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغايب متبرع بغير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بالاداء فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه ليس في معناه لان الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية و كما ان عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قيل العبد الغايب اذا لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغايب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان ياخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه لما ذكرنا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الا هو الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فايدة وضع المسئلة في صغيرين دون

صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهو اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز
في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لانه ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى قوله لعله اشارة الى
ما ذهب اليه بعض الشارحين ان ثبوت الجواز هاهنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها غير داخل في العقد
وادى انه الحق

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد
الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قال** واذا كان العبد بين شريكين فاذن احدهما لشريكه
لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز
فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف
ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وقتها فيقتصر على نصيبه عنده والاذن
لا يفيد الاشتراك في الكتابة فانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض
بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء المال
ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فمن اين للكاتب
ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فجاز ان يكون
للحاكم حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى توجبه وهو لحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت
بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهو الكتابة تقبل الفسخ
ولهذا ينفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت
الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق
والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه
يمين قوله واذن له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض
فقد اذن للعبد بالاداء منه بالكسب الذي يخصه لانه متبرع بنصيبه من الكسب عليه على الكتابة
كان كل المقبوض له وعوضا ان يكون صغيرا عليه للعبد لانه فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك
فان تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع
لمن تبرع باداء الثمن على المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده
من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان
مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده
شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل
مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف
في النصف وهو ايما البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه معا
و في غيره من الاكساب فكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره **قال** واذا كانت جارية
بين رجلين كاتباها واذا كانت جارية بين رجلين فكاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد
فادعاه ثم صحت دعوته ويثبت نسبه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم صحت دعوته ايضا
ويثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول بطريق التبيين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صح دعوته

لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي
حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتمليك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى
ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق
والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان
المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم
يجز الفسخ منفعة لا تنفسخ لا ينفسخ الكتابة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته
لقيام ملكه ظاهرا وانما قيده بقوله ظاهرا لان الظاهر انه منضم على كتابتها وكان ملكه باقيا نظرا الى
الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول
لان زال المانع عن الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل
الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كل عقرها فيكون النصف بالنصف
قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر واما بالحقيقة
اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما
ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم
كل العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول
عند ابي حنيفة لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا
على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة في تقويم
ام الولد روايتان فيكون الولد مستقيما على احدهما فكان حرا بالقيمة وايهما دفع العقر الى المكاتبة
يعني قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها
واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد هي ام ولد للاول وهي مكاتبة لم تعتق ما داء البدل الى الاول ولم يجز وطء الاخر لانه لما ادعى
الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد
طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا يكمل في القنة بالاجماع وقد
امكن هاهنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فينفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتب
وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة
ويبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها
قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا
قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان هاهنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا
استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده وقوله بخلاف
المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا فسخت الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب فسخت ها
في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا
ولو ابطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز ان يكون بيانا لقوله

ويبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع ونحوه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت
قوله واذا صارت كلها ام ولد متصل بقوله صارت كلها ام ولد له وتقريره لانه لما ادعى الاول صارت الجارية
كلها ام ولد له واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون
حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل جواز ان يكون
او انها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطئ مكاتبته ويلزمه جميع
العقر لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين قوله واذا بقيت الكتابة متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما
وراءه وتقريره واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب
عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف
البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا
في حق التمليك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وقوله وفي ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة
وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل
نظر للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم
الفسخ والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد
الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رضي الله عنه **قال** ويضمن الاول
لشريكه فهذا من قول ابي يوسف • اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما
نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا
يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل
الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فالتردد
بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل الا درهم تكون حصته نصف الدرهم
وقد يملكها امرها بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهي خمسمائة اذا كانت قيمتها
الف درهم وقد وصل الى شريكه بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل
هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى
قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف
قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها
ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما
عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه اي التدبير صادف ملك غيره
والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطء منه لانه يعتمد
الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل
قول ابي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه
نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة

والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان
الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك
للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما بيناه اي في تعليل القولين اما طرف ابي حنيفة فقد ذكرناه في قوله
وتبين ان الجارية الى آخره واما طرفهما ففي قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له الى آخره ولو
كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك
عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل قنة والجواب
فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة اذا ضمن الساكت
المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات
الثلاث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا
الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة
ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين
جميعا واما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق
موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يستسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه وهي
مسالة تجزي الاعتاق وقد تقدمت في العتاق وهذا اذا عجزت فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند
ابي حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده
لم يظهر افساد نصيب الساكت ما لم يعجز فانه حينئذ له ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو
حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل
فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لان ضمان الاعتاق يختلف
باليسار والاعسار **قال** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما • واذا كان العبد
بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فالمدبر مخير بين ان يضمن المعتق نصف قيمته مدبرا
وبين استسعاء العبد والاعتاق وان كانت المسالة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره
الآخر لم يضمن ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر لسده باب النقل عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله
الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق
على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسده بابا للاستخدام عليه فله تضمين نصيبه
والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف
المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع
انواع ثلثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام
وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والاعارة والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد
والتدبير والاعتاق على مال والغائب من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان

ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه احدهما اولا يعني المسألة الثانية كان للاخر الخيارات
الثلاث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه
كما مر واذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبريا للمعتق عن الضمان لمعنى
وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه معلقا بشرط تمليك العين بالضمان
وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين بشرط
تمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك
كما اذا اعتق اولا او غصب القن فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم
التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعتبر ضمان الحيلولة
عليها تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار بفوات الشرط بتفويته مبريا للمعتق
عما لزمه ويبقى له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد
اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف
قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان اعتق احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما فعتق كله وكل ما فيه ظاهر

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة
قال وان عجز المكاتب عن نجم • النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى
فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال غائب
لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة
امهلني يوما ويومين او ثلثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا لتقدير من باب التعجيل وورود النص
فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلم حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك
قدر صاحب الشرع مدة الخيار بثلثة ايام والمديون بالجر عطف على كامهال يعني اذا اثبت على رجل مالا
فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة ايام انه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه
عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله
عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول هذا
الاستدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بحجة لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه
فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا يترك عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين
فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجلا وحالة الوجوب
بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ما توافق عليها
العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال لان تحقق العجز عن ادائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل
الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان

عن اداء

عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول
نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه والضمير في فتنفسخ يجوز ان يكون للمولى اي
فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى
راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم
يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين
والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا قوله والآثار متعارضة جواب عن استدلاله
باثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم
فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبقي ما كان
الثابت بها من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بقولهما ان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما
عن المعارض لان دليل ابي يوسف خطابة لا يعارض المعقول فيثبت الفسخ قال فان
اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال ههنا تركه اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت
الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي
فعجزه مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تنفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على
الابطال بانفراده تام لا يبين فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضا والقضا
كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى ان الفسخ يحق بلا قضاء ووجهها ان
هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام الصفقة لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع
الفراغ عن استيفاء احكامه فشبه بهذا الوجه ما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك
ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه
وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فللمولى
وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى عليه من ماله وحكم بعتقه
في اخر جزء من اجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون
في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي تبطل الكتابة
ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت واستدل لذلك بالمعقول فان المقصود
من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود عنها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت
بعد الممات مقصودا او قبله او بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت
ليس بمحل للعتق ولا يتأهل من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود
المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت في الحال
ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما
الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحقوق وعليه بالتخصيص القواعد الاصولية لا ستحرا رهما عنده

الى القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في
الحال معلول وبيان ما يتميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحيته بملائمته للعلل المنقولة عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من
شروط القياس فان تعذر ذلك فارجعوا الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المثنى ليسهل
طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المخيض فهذا الموضع مثال فان يسر الله عليك ذلك
بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والا فاياك وترك
معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عنته فالحق بالاخسرين اعمالا الذين
ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما
يقال لئن موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد
ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت
المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد
في جانبه واما المانع فلان الموت ينافي المالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعيف والموت لا ينافيها ويكون
عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فيترك حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا
في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا
في الثلث او يستبد الحرية باستناد سببها الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم
المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق
يتقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود
عليه هو سلامة المالكية اليد **قال** رحمه الله وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة
الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان
كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال
ابو حنيفة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه
تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيهما يخلفه الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا
لا ينفذ على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين على ما ذكر في الكتاب فان اشترى
المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق الكل
في آخر جزء من اجزاء حياته بطريق الاستناد وما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك
الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر وكذلك لو كتبا الابن والاب كتابة واحدة
ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا دخل تبعا
لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته
في تلك الحالة يعني آخر جزء من اجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سببها الاداء الى
ما قبل الموت **قال** وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها
لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته

فالكتابة باقية وولاء الولد لمولى الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار المآل
مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يثبت القضاء بالولاء
بالام لامكان الوفاء في الحال واما الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للمولود ولاء في جانب
ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به اي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة
فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب
فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته
من الاب حتى لو رجع الملاعن عن نفيه واكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك
الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا
يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الى قوله هذه المسئلة الثانية
وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام فقال موالي الامهات فيه انما
الولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ
الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبني على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء
مات حرا وانتقل الولاء الى الاب وهذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر
فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم نافذا انفسخت الكتابة لانتفاء لازمها
وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك من اللازم والشيء ينتفي بانتفاء لازمه
قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته
بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلانين راجحا واجيب بان
صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى
من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في بقائها **قال** واما ادى المكاتب من الصدقات الى
مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان
الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى
يملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة فيما اهدت اليه وهي
مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير
ما اخذ من الزكاة لغني او لهاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل
سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان
الثاني فكذا الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز تبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا
عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر مستظئرا ثم عجز وكذلك
عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد
ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب مستظئرا ثم عجز لا يوجب

فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في الاخذ لكونه اذلالا
لا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار
كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه
يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على
الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عبد ولا يملك المولى السابق
ملك اكسابه بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل
وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاين يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا
في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب
عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم
ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم انه نازل منزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن
له ملك اليد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال رحمه الله واذا جنى العبد فكاتبه مولاه
اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفدا ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم
علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية
فان عجز خير المولى بين الدفع والفدا لان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل
والموجب الاصلي لا يتبدل الا بالمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضروري
والمانع عنه حالة الكتابة قائم اما عن الفدا فلما مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة
فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما رجع الى الحكم الاصلي لو جنى
المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به اي بموجب الجناية
عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في رقبته يباع فيه اعلم ان
المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان الدفع متعذر بسبب
الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل
من القيمة ومن ارش الجناية الا يرى انه في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن
ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد
انتقل بالقضا من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم
الاصلي صيانة للقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع اليه ابو يوسف وكان يقول اولا يباع
فيه وان عجز قبل القضا الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم
وقت الجناية فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله
انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو خلاف لما
ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية دلنا
القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام فانه قابل للزوال او لا لانه لا
شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا والرضى

فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال ممنوع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب
تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا والقضا فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره
فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع
اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضا للتردد واحتمال عوده بخلاف التدبير
والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال
واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة ه الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته
حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائها الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى
لم تنفسخ كيلا تؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اد المال الى ورثة المولى على نجومه اي
مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير
وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتب
فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث
كاسقاطه قوله الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكانه جواب عما يقال كيف
لا يتغير بسبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في
الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما ان سائر الديون يخلفونه فيها
ولا يسمى ذلك تغييرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب
لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا
وجه القياس ما ذكرناه من عدم الملك ووجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه
لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل
اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يعتق لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق
لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط
جميع البدل ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه واذا لم يمكن اثبات المقتضي
فلا وجه لابراء البعض ولذلك لا ابراء الكل لحق بقية الورثة والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار
زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم التكاتب الى هذا الموضع
فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة
عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل
وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال رحمه الله الولاء نوعان
تنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة اقتفاء بقوله
تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق
على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق واستدلالا
بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة

كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني ولاء الموالاة وسببه العقد
عليها سنذكر قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كل واحد
منهما يضاف الى الشيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيهما
التناصر بيان مفهومهما الشرعي وقوله وكانت العرب تتناصر باشياء بيان وجود التناصر
فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمحالفة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم
بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم
كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان
الولاء له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل
على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا
لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق
ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره
المولى ينصر مولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره
يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في
حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحرار نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج
الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن
احيى غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذا الولاء واذا
ثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم متقوله ولان الغنم بالغرم تقدم الوجهين فلهذا اي
قوله ولذلك المرأة تعتق يعني ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء
لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا
على ثبوت الولاء للمرأة وذلك ان بنت حمزة اعتقت عبدا لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل بالعتق
النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره
بقراءة او كتابة عند الاداء او تدبيرا واستيلادا بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او
بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء
لمن اعتق وما ذكره من المعنى المعقول فان شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء لاحد عليه وبانه
معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال رحمه الله
واذا ادت المكاتبة الخ ظاهر لا يحتاج الى الشرح وذكر مسئلة جر الولاء ومتى يجر ومتى لا يجر
عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع
تبعا للام ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها حملا ولا
وهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك
الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع اصلا واذا اعتقت الام وهي حامل واعتقت وولدت
بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب جل

اي فلذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والمتصل بها بالاعتاق
قصدا الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدته
لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين لانهما يتعلقان
معا فان قيل الحبلى اذا ولدت رجلا والزوج والحمضية كان ولاء الولد لمولى الاب فما
الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس
بمحله واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن
بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها
في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى الام كانت لضرورة
عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة
فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما
اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الام امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة
عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام
لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه لعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب
اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء
وكذلك بعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان
يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج
الى اثباتها ليثبت النسب فلما تعذر اضافة العلوق الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد
موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين
من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ان الحكم كذلك بالطريق الاولى للتيقن بوجود الولد
عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي
ففي البائن يخلو كما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع
الصغير لاشتماله على بيان العقل وثمرة الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح
قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج رجل من العجم لم يعتقه احد معتقة
العرب فولدت اولادها فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واموالهم لا لذوي ارحامهم حتى لو
ترك هذا الولد عمة او خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رحمه الله
حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام
معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الاباء فان قيل لما كان النسب الى الاباء وجب
ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولانه اثر الكفر
والكفر موت حكما قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم كحال من لا اب له
فينسب الى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية

والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبر الكفاءة فيه ان الناس
يتفاخرون بالعتاقة ويعتبر ونها في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان
فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا
حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المصنف ثم الخلاف في مطلق
المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا انه ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العرب كان
كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا
نص ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين
واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانها تنسب الى قوم ابيهم وكذا
اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله وان كان الابوان اي الوالدان معتقين
فالحكم ما ذكرنا له الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان
معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف
والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به بالاب اكثر قال رحمه الله وولاء العتاقة
تعصيب هو جعل الانثى عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى وهو احق بولاء العتاقة من
بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان
شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت
عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك
فهو خير له لانه انتدب لما ندب له وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره
من ثواب الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الاخرة وشر له لانه كفر النعمة
وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث
النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث هو بنت الميت
وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي
يأخذ البقية الفرائض واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله
ولم يترك وارثا وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته
وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له
اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل قول القدوري هذا اذا لم يكن
هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكروا له هذه الجملة تاويلين
احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى
حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق
شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرضه لانه

الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة
على ما رويناه وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو واضح وهذا اشارة
الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به وتقريره العصبة من يكون
انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار عليها كما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب
تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة يأخذ ما
بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة يأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق
فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية نقلا
عن الذخيرة فليطلب ثم قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء ممن اعتق او
اعتق من اعتقن وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل
من يثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها من ينسب
بالولاء اليها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة
بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الاباء لان سبب النسبة هو الفراش والفراش انما هو للزوج
لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب
فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة
فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورة المسألة امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن
واب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب السدس
والباقي للابن لان الابوة لا يستحق بها كالبنوة لان الولاء لا يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند
عدم الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يحرم عن ميراثه فكذا عن ميراث معتقها ولهما
ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون
الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفرضية دون العصوبة ولذا لو ترك المعتق مولاه
ابا ابيه واخاه لابيه وامه او لابيه كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات
فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم
مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة
الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها
فلذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق
للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود
وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك
ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث
النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع **فصل في ولاء الموالاة** اخر ولاء الموالاة عن

ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى من ولاء الموالاة فان للمولى
فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يقدم
رجل ان يدخل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره والبتة على انك ان مت فميراثي لك وان جنيت
فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاثة شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان
لا ينسب الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة
مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وصحته
فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط
العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرتم فانما هو نادر فلم تذكره واما حكمه فهو وجوب
العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في العقل
واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه
اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بجميع ماله لآخر وله وارث معروف واجيب بانه
جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا
وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يعارض الضعيف في مقابلة
القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها
خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا
بطريق الارث لعدم استحقاق الترتيب عليه وخلا قوله الا انه يشترط فهذا ان يكون بمحضر من الآخر
كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بان سبب اشتراط محضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر
الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق اليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما
اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط
ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر
بدون علمه والزام شيء على الآخر من غير علم به ضرر لا محالة لانه قد يجعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا
عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان
عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يقع وحكما يقع كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد
عليه بانه يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب
ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد
مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حل كما ان الاكراه
يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة
عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح
الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع
بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون

مع فساد الاختيار او مع عدمه وهو اشارة الى النوع من الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم
نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكنه لا بد من تقدير لا في او يفسد باختياره وذلك
انواع الاكراه الثلاثة وموضوعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى ان المكره لم يسقط
عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه
وحكمه فيأتي في اثناء الباب والله اعلم قال رحمه الله الاكراه يثبت حكمه اذا حصل
ممن يقدر على ايقاع ما توعد به • شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا
كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما
دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه لعلمه بحجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله
من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به وذلك لا يتحقق الا
اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي
قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون
المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان
مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع
ماله او شراء سلعة او الاقرار بمال او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد
او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار
ان شاء فسخ وان شاء امضى لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم
انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا
يبالي به نظرا الى العادة الا اذا كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو اكراه لوجود
العلة حينئذ وهو فوات الرضا قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء
يعدم الرضا فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار
حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون
حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالغ بضرب سوط او حبس يوم فاقر فهو اقرار كما في البيع
الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عزة ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون
عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس ايام
ولهذا قال محمد ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا
باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا
يرى انه لو اجاز جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل
وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا فيثبت الملك

عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط
والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه
او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات
الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كهو اجاب بانه
باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد
فيه باق وقوله الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيها اذا باع
المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق الاسترداد وههنا لا ينقطع بسبب
الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في
البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله
لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف
رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفا وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت
منك هذا العين بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا
العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ
سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على
ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختار المصنف واشار اليه بقوله بالبيع الجائز المعتاد
ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره
لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما
وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المشتري المرتهن ولا
يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط
بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين وضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده
اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما
تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما
لم يجز على صاحبه ومعنى قولهم المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزون
الى ان يرد البائع الثمن الى المشتري ويرد المشتري المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون
ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفا لانه وفى بما عهد من رد البيع

قال رحمه الله فان كان قبض الثمن طوعا اي اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع
لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام
الاجازة ولهذا اذا سلم المبيع طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة
بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طايعا حيث يكون العقد باطلا
اي فاسدا لا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع
وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه بعد تصرفه نعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان المقصود بالكره

ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد
فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة
وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن
المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن لذلك
لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته
للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة
والمكره بالخيار وان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من
حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء
ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب
وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان
وان ضمن المشتري يعني اي مشتر كان بعد الاول نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته
العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفوا الحامل
لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو في الترديد من تضمين المكره والمشتري
وكلامه في الغاصب عن جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمين المشتري والـ
اجازة عقد منها حيث اقتصر النفاذ على ما كان بعده وعم الجميع ههنا لكل اجاب بقوله لانه اسقط
حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين
اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب
بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته
احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره
فيقع ملكه بالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد
وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا نفذت البيوع كلها باجازته عقدا
منها **فصل** لما ذكر حكم الاكراه في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع
في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي
يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ هو الاكراه بالحبس والضرب اليسير
والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس
بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي
فيه الهزل والجد فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر
بحبس او بضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره
بما يخاف منه على نفسه وعلى عضو من اعضائه وسعه ان يقدم على هذا الدم ولحم الخنزير لان
تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة

عند عدم الطعام على النفس والعضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك
ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الحل يثبت من غير تقييد بغلبة الظن لان بدن
الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثم نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به
ولا معتبر بمن قدر في ذلك بادنى الحد وهو اربعون وقال ان هدد باقل منها لم يسعه الاقدام
لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار
بالرأي وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به ذلك اي قتلوه او اتلفوا عضوه ولم يتناول وهو عالم
بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن
او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا
لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حال المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك
رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان آخذا بالعزيمة قلنا لا
نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم
الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في
صدر الكلام فلا محرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه بعد العلم عن التناول كامتناعه عن تناول
الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل
بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع
وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب
عليه قتل النفس المحرم وصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال رحمه الله وان اكره
على الكفر بالله تعالى اعلم ان كل ما لا يعتبر الاكراه في تناول الخمر والميتة لا يعتبر الاكراه في اجراء
كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فان اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو
لا يسعه الاقدام عليه وان خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري
والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز ان يكون
الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر ما امر به مع ما كان او غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن
بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه
مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه السلام فعد اي الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء
والطمأنينة جميعا لانه ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مما لا تنكشف حرمته
وموضعه اصول الفقه قوله ولانه بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت
بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد
وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما يحتمل
فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر

حتى

حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
سيد الشهداء وقال في مثله من فعل مثل ذلك هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا
ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز
الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم
واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله
من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الاية
تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم
عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة
الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة
لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب
موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة
فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف
عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل
شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر
ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله عليه السلام فان عادوا
فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا
في الكفر قال رحمه الله وان اكره على اتلاف مال المسلم وان اكره على اتلاف مال مسلم بما يخاف
على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا
القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح آلة احتراز عن الاكل
والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له واذا اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل
يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا الاكراه
وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان
يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول
قول الشافعي والثاني قول ابي يوسف والثالث قول ابي حنيفة ومحمد والرابع قول زفر رحمه الله ان
الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد ولهذا
لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وهو مشروع جزاء
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقتصرا عليه فجاز اضافته الى غيره
وبهذا تمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره لوجود التسبب الى القتل منه
والتسبب في هذا الى القتل حكم المباشر عنده كما ان شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص
من المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولنا انه ينقل

في عبارة المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل
ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير
المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره
يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي حنيفة ومحمد لان ما الشارع
يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عن كل
ما كان له فلذلك كان شبهة والقصاص يندرئ بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا للحياة
المحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال
فيحصل فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى
الآلة فان قيل لو كان آلة له لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجيب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على
دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل
الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم
فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة
الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى تحرم كما هذا واذا ظهر
ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا
واكل لحمه حتى يحيى هو حيث ايثارا للحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا لان الآكل
لانه ليس ثم من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر
بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ في القود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخي شيخي
علاء الدين عبد العزيز رحمهما الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها نقل
عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة
هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه **قال** رحمه الله وان اكرهه على طلاق
امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا
للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق
ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه يصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه وقوله صلح
لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في
ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة
كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكونا له بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ وانما صح كونه آلة في حق
الاضافة اليه فلان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره
اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره
قيمة العبد لانه اتى بما اكره به على وفق ما اكرهه ولهذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بما طلب به
وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء
لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا

ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره
لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لانه
سبب العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا وسلمناه
ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكرهه على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان
على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه
تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب لا يرى انه اذا شهد بالولاء ثم
رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة
ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد
حق الغير فلم يوجد شيء من موجبها لسعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه
فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب ابي حنيفة سالم
عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب
عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وتداركهما في التعليل بقيد العتق على ملكه ولا
يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه
يعني ان المكره انما يضمن من حيث انه متلف للعبد حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا **قال**
رحمه الله ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرها الا انه
لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على
المكره الا ان الرجوع هاهنا بنصف الصداق وثم بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بالمتعة
المتعة لان العلة في الكل واحدة وهي الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلتقريره الذي
ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير
اكراه او بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف
السقوط تاكد به وللتاكيد شبه بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا
للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال
عند الخروج وما ليس بمال عند الخروج لا يضمن بمال الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة
بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق
او اعتق فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان
ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة
فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا فيفسد
الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنعه عن الانعقاد واما ان الوكالة
لا تبطل بالشروط فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا
حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا لم تفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على

المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع
على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليها كما لو
شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان
مقصود المكره زوال الملك بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الازالة
فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل
فيه الاكراه وما لا يعمل وضابطة ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه
من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم
يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه
فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما
لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين فحلف انعقدت
او على الظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فآلى او على فيء اليها باللسان ففعل
صح لانها اي الرجعة والايلاء والفيء تصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره
على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعله اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره
بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لانه اكراه بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق
ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن تعيينه مستحقا
عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بعوض على اصله وان ترك التي آلى منها اربعة
اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا
من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بالزوم من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع
على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكره عليه واذا اكره على ان يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من
جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود
الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها
بالالتزام بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال
وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها وهي غير مدخول بها فاستحقت نصف الصداق
هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط اولا قلنا لا يخلو اما ان ساق
الزوج اليها المهر كله اولا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان
الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح واما عند ابي حنيفة
فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما لا
له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال رحمه الله وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد
قال ابو حنيفة رحمه الله اولا اذا اكره الرجل على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور
الا بانتشار الآلة وذلك لا يكون الا باللذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل
ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان الاكراه

من السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف
التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة فيصير ذلك
شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر من النائم من
غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان
فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه
قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما
وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقيقا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناة في امره
وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع
السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان
اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر
لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير
الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على
الفعل او اذنت له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن لا يبيح الوطء
فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة
بتبدل الاعتقاد لا تتم اذ لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا
بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال
ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال
الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام
الاكراه يرفع عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المرأة قد بنت
منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول
قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع
والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها
ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته
عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كانت
دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام
معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون
يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين في حال الاكراه على الردة والاكراه
على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية
ترجيحا للاسلام وهذا في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان
هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة من ان الايمان هو التصديق
والاقرار باللسان شرط اجراء احكام الاسلام وليس ذلك مذهب اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار

ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد
لجواز ان يكون التصديق غير قائم بقلبه عند التلفظ به والشبهة يندرئ بها القتل قوله ولو قال
الذي اكره معطوف على قوله وقال المكره قد اظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك
عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه لان المكره
على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر
اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت ما
طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم
لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت
بهذا الامكان فاذا لم يفعل واتى الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف بدون ما
فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل ان المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة اوجه في وجه لا يكفر
لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر بهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر
ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثاني هو الاول او الاول ان خطر بباله
ان يقول ذلك وبين الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني واذا ظهر لك
ذلك امكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله هازل اشارة الى انه
لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه
لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وحسن
لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي احد قطبي امر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة
عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون
واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس لاتفاق
ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولم يجز
تصرف المجنون المغلوب بحال لما واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه
كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل
لكن اهليته متوقفة على اذن وليه واما العبد فالاهلية لكنه حجر عليه رعاية لحق المولى لئلا يتعطل عليه
منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيباع فيها فاذا باعها الكسب
التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عليه ويحل على رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب اعني
ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال **قال**
ومن باع من هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم مما يتردد
بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا
الحكم اعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والولي
بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي

الصبي

وفي الصبي والمجنون نظر لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سؤالا على المشتري هو
ان الاصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف يجعل هنا
موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي
وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى في رقبته قال صاحب النهاية
هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى
اما ههنا يعني في الهداية لم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري
مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكر الشيخ
في شرحه قوله وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني التي
تتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم
بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من
الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة
فانه لا حجر فيه على العموم قوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال لان
الثابت ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان
في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة
ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن بان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها
حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد
لنقصان العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر
على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة
شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة
ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود
بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة
والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا ترى
ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فلهذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها
حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان
الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قال** رحمه الله
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع
من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور لان هذه المعاني الثلاثة
توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد وقوله كما بينا اشارة الى قوله والقصد
من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه
رواه الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه ولان الاعتاق تمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد

بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة
في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلانه علم المصلحة فيه يتوقف على العلم
بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكنه
على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقف
على اجازته ولا ينفذ ان يباشره اي الولي بخلاف سائر العقود قوله وانما تلغى بيانه لتفريع
الانفعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر قوله والحائط المائل بعد الاشهاد يعني انه لا يقصد من
صاحب الحائط لو قوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الافعال
والقصد من شرطها وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا تصح
عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع
الا طلاق الصبي والمعتوه وكله ظاهر والله اعلم

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه
وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل
وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة
رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف
ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله يعني ان الحجر عليه عندهما يؤثر في حق
تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل
بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتق
فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء واستدل المصنف بقوله
لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر نظرا له كالصبي
يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على
صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا
الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق
الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق
فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل وكل من هو
كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال
مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط
الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات
الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم اليه ذلك
حرا سقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار
آدميته وهو ظاهر قوله ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما وهذا منع منه المال

وتقريره ان منع المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ
منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله ولا على الصبي جواب عن قولهما المعتبر بالصبي
اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة
باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر على
عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال
بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد اي
لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم ينفذ قوله واذا حجر تفريع
على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى القاضي الاخر فابطل
حجره واطلق جاز تصرفه وكلا الواجبان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه
باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا
مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث
ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة لم يقل بنفاذ محل القضاء
بجانب الامضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه
وصحة الحجر ثم رفع الى القاضي الاخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم
ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل
ذلك نافذة لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد وقالا لا يدفع
اليه حتى يؤنس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الدليل وهو ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله
لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب
وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو
المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا
وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ فان اقلها هو اثنا عشر سنة واقل
مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان
يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال
عنه بطريق التاديب الخ قوله ولان المنع دليل اخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ الى ان لم يؤنس
رشده باعتبار اثر الصبا لان العادة وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول البلوغ
ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السن ثمانية
عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز
في الابتداء على ما اشار اليه عليه السلام مروا صبيانكم اذا بلغوا سبعا بالصلاة ولهذا قال ابو حنيفة
لو ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع متعلق بايناس
الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند
العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الاثر الى حد الحالم

لصبي وورثة فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة **قال** رحمه الله ثم لا يتاتى التوزيع على

قوله اراد ان التوزيع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فان باع لا ينفذ لا يتاتى على قول ابي

حنيفة وانما التوزيع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لبطلان فائدة

الحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان

الثمن باقيا في يده اجاز وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده

لم يجزه لان فيه ضررا بخروج المبيع عن يده بدون ان يكون في يده شيء من البدل واستدل

على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز وورد بان ركن التصرف

اذا صدر من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه

لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى

المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي

جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر وهو اهدار آدميته

والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه

يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه

الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي

وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند

ابي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لانه عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر

وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما

في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي رحمه الله فانه

يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا

فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام

العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا

يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من وجوه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة

لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام

ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق

ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجبت عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب

السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل لانه يصح

فيه انتقال القصد الى اللعب بدون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان

القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور

لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر اذ كان حينئذ يتصرف في جميع ماله بالايمان والحنث والنذر

وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل

واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عندنا ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق لانه

لا يزيل

لا يزيل الخطاب ولا يخرجه من ان يكون اهلا لالتزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق

كذلك فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه

قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير

فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا

فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر

لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه او ورثته فان اعتق

المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه ولورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولكمال المساواة

لمعنى النظر الى هؤلاء الثلاثة وعن محمد انه لا تجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت عليه حقا للمعتق

وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى

للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة

العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولى الا انه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه والتدبير

على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات ولم يونس منه رشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق

وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى ان مصلحا لو دبر عبده في

صحته ثم مات وعليه دين محيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا للغرماء قيل ينبغي ان يسعى في

قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب

بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله لانا نجعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته

في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة

يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى

العبد لذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى ان الرجوع في الوصية

صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له

لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكره الانسان ببقاء الولد

بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية

حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يكن معها ولد واي ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه

ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير خالية عن بيعها وان مات

سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد وهو الولد فصار كانه قال انها حرة فيحتج

بيعها ويسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكان

في دفع حكم الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون معها

ولد او لم يكن الى اخره **قال** رحمه الله وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه كلامه واضح وقوله

وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان

الزيادة في المريض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة

يعني يجب مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها

وفصل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه
من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فايدة في الحجر عليه لانه لا ينسد
باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في
البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق
قوله ويخرج الزكاة من مال السفيه والاصل في هذه المسايل ان ما وجب عليه من الحقوق وجب لله
تعالى كالزكاة وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو والمصلح
فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شي من حقوق الشرع عنه ولا يبطل
شيا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعشرة التهمة لان
اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيا الا في الولد فان الزوجين اذا
تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الاخر مقر على نفسه بالنسب والسفه
لا يوثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوايجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجية
صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس
بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجب على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم
لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير
لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بخلاف هذا الباب فتضيع
فايدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانى يصح مع القدرة عليها
اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلايل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم
ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله واذا اراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو اراد عمرة
واحدة لم يمنع منها استحسانا لذلك والقياس ان لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما
لو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجزى فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا
وان لم تكن ولزم الدم يوخر الى ان صلح فان مرض واوصى وقيل بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا
تكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض والقياس يمنعها كما
لو تبرع في حياته واستحسنوا فيما اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث
لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغنا عن المال في امر دنياه وحينئذ لا نظر له في
المنع وانما النظر له في اكتساب الثنا الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكرنا من التفريعات
الكثير من هذا في كفاية المنتهي فمن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو
يعقل ما يصنع عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف
على الصغير ليشتري له ما لا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر
الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز
طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه
اذا دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي

سوا

سوا وقال الشافعي رحمه الله يحجر ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة
والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له وهو اذا اصلح ماله
لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالى قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد
وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه رشد ولانه اهل للولاية
عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اولياء النكاح وهو يحجر القاضي
عندهما ايضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر
على حبان بن المنقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام واجيب
بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لانه يتلف الاموال كالسفيه
فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس المتنازع فيه **فصل في حد**
البلوغ البلوغ في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان اصل
اسباب الحجر الصبا وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قال** رحمه الله بلوغ
الغلام بالاحتلام والحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شي
من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد
شي من ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام والجارية
خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح
وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة
وهو قول عمر رضي الله عنه قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال راهقه اي دنا منه وصبي
راهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قوله ما لم
قيل انما يقبل قوله بالبلوغ الا اذا بلغ اثنى عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر
يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنى عشرة سنة وفي الجارية
تسع سنين **باب الحجر بسبب الدين** الدين ايضا من اسباب الحجر
عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اخره ويبتغي للقاضي
ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد او وقع وان تبين ان الحجر كان بسبب الدين
لانه يختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف
في الحادث نفذ وان ثبتت في الحجر لحجه باسمه لانه يتنوع بابنا الغريم ووصول حقه اليه
فيحتاج الى المعرفة وابو حنيفة لم يجوزه لان فيه اهدار الاهلية وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا
يترك الاعلى بالادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الداين وترجيح
احد الضررين على الاخر يلزم من ترجيح احد الضررين على الاخر
يلحق الاول اعلى ان لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الداين يندفع بالحبس لانه المتعين
ضرر يلحق المحبوس مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى ما الذي يندفع به ضرر الداين واهدار الاهلية اعلى

من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر
ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكنه يحبسه حتى يبيعه في دينه دفعا لحق الغرماء ودفعا
لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه التصرفات وكلامه ظاهر
ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة
لانه احتمال لخروج فلا يهدر به اهليته لانه فائدة ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس
بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز
للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه
الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه
عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله ولحبسه لقضاء الدين جواب عن قولهما
حتى يحبسه برفع السجن لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل
لقضاء الدين بما يختاره من الطريق التي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة
وبيع ماله بنفسه قوله كيف صح البيع اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتاخير
حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان
لا يجوز بيع القاضي على المديون العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع
من البيع وهو بيع الصرف قوله عملا بالشبهين قيل اي لما لم ينعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ
نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ
مع قصوره لثبت للقاضي بالطريق الاولى قوله ويباع في الدين النقود حاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي
ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه
ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يوخذ بضمانه قبل قضاء الديون
فكان المتلف عليه اسوة لساير الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله
وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا يرى انه لو توجه الهلاك اليه
بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه
من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب
المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا
يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار بلا زمونه
ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد
الاطلاق عن الحبس قوله يقسم بينهم بالحصص اي ياخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين
هذا اذا اخذ فضل كسبه بغير اختياره او اخذه القاضي وقسم بينهم بدون اختياره واما

المديون في حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك
في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة
ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف تقسم
امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض
في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على
حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين
الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار ترجح اليسار
اسم للايسار من ايسر اي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ
على بينة الاعسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة
الاعسار تؤكد ما دل عليه ظاهر الحال لان الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج
وقوله في الملازمة لا يمنعونه الى آخره تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس
بمستحق عليه وعن محمد انه قال للطالب ان يحبسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في
الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي لو دخل داره لحاجة لغداء او غايط لا يتبعه
بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل ان اعطاه
الغداء واعد له موضعا لاجل الغايط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس
والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشق
عليه الا اذا علم القاضي انه يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه
دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والدائن الرجل لا يلازم
المديونة لاستلزامه الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها **قال** رحمه الله فان
افلس وعنده متاع لرجل بعينه • اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجره القاضي بطلب البائع على المشتري حجرا لا ينفذ تصرفه
بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب
حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة
فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف
المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع عن
الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدي الناس كان لرب السلم حق
الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم العين
المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة
اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذ لم يتغير على البائع شرط من
شروط عقده فصار كما اذا كان المشتري مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهي
ملك البائع دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق

بين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البايع عنده متاعه فهو احق به
والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل
حديث ابي هريرة ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبايع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح
بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسد الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن
دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد
ملك فلوس هي ثمن ولم تبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل
فان موجب العقد لم يتغير ولكن كان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه
ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله ويقبض العين جواب عما
يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا تبرا ذمة المديون بدفع المنقودة
وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متعين وجعل الشارع
العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه يثبت للحال ولصاحبها في
ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء
الدين فيجب اعتبارها ما لم تتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق
بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال
فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض في تعليله
ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله تعالى اعلم

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن
يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا لان
المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد محجورا لاجله عن التصرف ذلك
الملك قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى فحجر
عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الحاجز كالتفسير
لقوله فك الحجر قوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف
كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها
عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقت
كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال
عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا
معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكم الشرع هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما
لا من حيث كونه تعريفا وصح كونه تصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على

المولى وهذا لانه اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء
يتصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب
حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان
الغرم حاصلا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكنا شرطنا اذن المولى دفعا
للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا
يعتبر فان قيل المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف
لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق
اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف
باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقاط حقه والساقط لا يعود اجيب بان الرق
لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن
كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير ماذونا
عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت يحتمل
الرضى وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا
جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى معاملتهم
ثم يفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا يتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد لا يعتق
وقد يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين بتواكلهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق
لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان فان قيل عن ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا
راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت
لم يكن اذنا واذا راى رقيقه تزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في
التصرف الذي راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوته لانه
وغير ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم
كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يجعل سكوته اذنا لان جعله
اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل اليه من محل اخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال
الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فيرجع ضرر المرتهن عليه لان بطلان ملكه عن الثمن
موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد ثابت فكان
اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال المصنف رحمه الله
نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة رفعا للضرر ولا ضرر على المولى
في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان انكاح المملوك مملوك للمولى فما فيه من اصلاح
ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن
فسخه فلا يتضرر به اصلا وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى

واجازته وانما هي فان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا
للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او
بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيعاملونه فيتضررون
لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى
لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي قال
واذا اذن المولى لعبده في التجارة • اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشيء
كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا اطلاق فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان
لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانها اي بيع الاعيان
اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان فالحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق
لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش
خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا
اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة
ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد الماذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف
باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه
لا ينفك عن الماذون كالغبن اليسير فانه يصح من الماذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من
الثلث ابو حنيفة سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل
لان الوكيل يرجع على الامر بما لحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في انه اشتراه لنفسه فلما
ظهر له العيب اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف الماذون لما مر انه لا يرجع بما لحقه من
العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابواه في
التجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة حابى
العبد الماذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال ان لم يكن عليه دين فينفذ وان
زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا ثم ما بقي بعد قضاء الدين
يكون كل محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى وارثه
لانه رضي بها لاذنه فيسقط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض
في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد
المبيع كما في الحر يعني اذا حابى في مرض موته وللماذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل
بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز
له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة وعليه ان يتقبل الارض
اي يستأجرها ويستأجر الاجراء والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة
لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع
من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لم يلزمه شيء بخلاف المستأجر بالدراهم وان كان

البذر

البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو
آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه
يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس
له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن
فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه الماذون
وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا
خلافا للشافعي في اصح قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه
الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان
نفسه راس ماله لان المولى انما اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو راس المال للماذون له يملك
التصرف فيه ضرورة فالماذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها
بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه
بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما
رضاه للربح لم يبق للربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود
قال رحمه الله فان اذن له في نوع منها دون غيره • فقد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر
واسقاط الحق وعند زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك تبتنى هذه المسألة وهي انه اذا
اذن له في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره كان ماذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك
النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد
الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يحجر فيتخصص الاذن بما خصه
كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر
على ما بينا في اول الكتاب للماذون وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص
اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن
للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في
ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولاية والرق اخرج العبد من اهلية الولاية
على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه
فيتخصص بما يخصصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى
بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير
محقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان ضمان التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة يدفع
ذلك وفي الجملة انا ثبتنا بالدليل انه يتصرف باهليته وما ذكرتم فليس الا سؤالا واردا على قولنا بخلاف
الوكيل لانه يكون جوابا عن قولهما كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية
من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله وحكم التصرف هو الملك يثبت للمولى وهو ممنوع
بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه

الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما يستغنى عنه يخلفه المالك فيه ومن حصول
الغنية قال رحمه الله واذا اذن له بشيء بعينه ● اذا اذن المولى بشيء بعينه مثل ان يقول
اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد ان
التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام
لان ما من احد من امر عبده بشراء بقل بفلسين كان ماذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته
ويؤخذ بها في الحال فلا يستجرئ احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لانه غالب احتمال
العبيد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو ان
الاذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه
او دلالة كما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او اد الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل
الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه
دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بنوع غير مكرر كطعام
اهله وكسوتهم لا يكون اذنا وتوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة
وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل
لعدم ولايته عليه والاذن قد حصل منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير
الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول اذن دون الثاني فتامل قال
واقرار الماذون له بالديون والغصوب جائز ● اقرار الماذون له جائز بالديون والغصوب والودائع
لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا
او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فالضمان
الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انسداد
التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح يجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته
بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما
في الحر والجامع تعلق حق الغرماء بما في يديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة
كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور
في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فان اقراره
باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وما ليس منها بالتجارة لم يظهر في حقه
وكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه كذلك وعن
ابي يوسف تزويج الامة لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان كالتجارة وقالا الاذن يتضمن
التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع
التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح ليس بواضح لان ليس فيه
تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي
الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق

ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا
في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني الاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث
جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب
لاستفادة المهر قال وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من المبسوط والتتمة
ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين قال
رحمه الله ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للماذون ان يكاتب لانه تضمن التجارة وهذا ليس
بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم
يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة
تكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد
الماذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى
وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى
لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من تعلق العتق من جهته وليس له
ان يقبل الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وهنا ليس كذلك
فيملك ان يجاب عنه بان ثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين
قليلا كان او كثيرا بطلت كتابته وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون
كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يتوقف على ما لانه لا يملك الكتابة
والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه
جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه
دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز
ولا سبيل للغرماء على العوض لانه ما يؤدي به كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة
فانه يؤدي في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغير عوض ولا يتصدق لان
كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي
اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير الماكول
لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال
التجارة قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان
يسيرا وان كان مال تجارته عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا
والهدية بالماكول كالضيافة والقياس ان لا يجوز شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه والبيين لانه
من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب بالمجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار وكان اراد بالمجهزين
هو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او بناقربه فحرف الى المجاهز كذا في المغرب
وبالقول ظاهر قال رحمه الله وديونه متعلقة برقبته اذا وجب ديون على الماذون
بالتجارة او بما هو في معناها فانه كان له كسب يبيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت

برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع لان غرض المولى من الاذن
تحصيل مال لم يكن حاصلا لا تفويت ما هو حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعليق الدين
بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه
فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين
الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا
عليه بيع كذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين وقد
في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى
تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا
اشارة الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لان المفروض ذلك والتجارة داخلة تحت
الاذن بالاطلاق فسببه داخل تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب
قد لا يحصل والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس ويكون الاذن بيانا للغول فظهر وجوبه في حق المولى
وقوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن حاصلا
وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فيا من
المعامل معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فانه يحترز الناس عنهم عن ذلك فمن هذا الوجه
يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب
بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع اذا كان باقيا فيه
وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه
دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى فصار لا دين على العبد ثم ركبته ديون
فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين باختيار المولى
ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع
مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على تخصيص ما اذا قبض
مبيعا قبل تركيب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما
ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه
يقابل ما يفوته وهلاكه في يده لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يوجد من قيمة العبد
لان الشراء بغبن نادر وقوله ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد
ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم تكن مساوية لا تحصل
اذا الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة وهو مخصوص باذنه
والثاني على مذهبهما لانه يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد الماذون المديون عندهما
كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد
ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما لانه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين
وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى

اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور
لان المخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه
لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى
الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه لانه كان قبل ذلك
محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد الماذون بغير رضا الغرماء والحجر على المحجور غير متصور
وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين
فانه لم يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء قوله في الكتاب يعني
مختصر القدوري ومعناه ظاهر **قال** رحمه الله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا
باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق
بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء
حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في
ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين واجب
باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتري
يباع في دينه ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء او دفعا
للضرر عن المشتري لانه لم ياذن له في التجارة فلم يكن راضيا بتعلق الدين فلو بيع عليه
يتضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه يباع عليه ثانيا وان كان راضيا
بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه لبيان الكسب
الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين سواء
كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه في الملك بعد
فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان كسبا غير منتزع ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده
قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حالا فصار المولى خالصا للمولى
وان ياخذ غلة مثله والغلة كما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه
له ان ياخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان ياخذه قبل ذلك
وما زاد على ذلك من ربحه كان للغرماء ولا ياخذ اكثر مما كان ياخذه قبل الديون والقياس ان لا ياخذ
اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذه من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامته
المولى قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن لسبب ما يحصل اليه
من الغلة فلو لم يتمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا ياخذها
لعدم الضرورة وحيث لا يبعد ذلك مشروطا بتحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم
فان لم ياذن المولى لعبده اما ان يكون شايعا او لا فان كان الاول لم يحجر حتى يظهر الحجر والشائع
اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم
برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين فاقام البينة انه كان قد حجر عليه

فتتاخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اى تعلق حقهم برقبته
وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد
العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجره فى السوق وليس فيه الا رجل او رجلان
فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذى علم بحجره لان الاذن لا يتجزى لانه لا يتجزى ابتداء
فكذا بقاء ولو حجره فى بيته بمحضر من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان الاذن
بانه لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلمه انحجر لعدم الضرر فى الاضرار قال رحمه الله
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب • قد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه
فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كما لابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا
وقد تقدم فى الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض
حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكما ولهذا يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا
عليه وقال الشافعى يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق
فى التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافى بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار
كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذى يمكن المالك اخذه بان يكون له بينة او يكون
الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافى الاذن فكذا كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه
انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون
راضيا به وان لم يكن مانعا فى الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافه
وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن فيه روايتان
والصحيح انه لا يعود واستيلاد المأذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر ليس
بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس
واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت فى الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها
واختلاطها بالناس فى المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه
فى الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع
البيع وبه يقضى حقهم قوله واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما
قيد بكونها اكثر من قيمتها لتظهر الفائدة فان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله
ولا منافاة بين حكميهما اى حكم الاذن والتدبير لان بالتدبير تثبت للمدبر حق العتق وحق
العتق ان كان لا يؤثر فى فكاك الحجر لا يؤثر فى الحجر عليه قال رحمه الله واذا حجر على المأذون
له فاقراره جائز اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما فى يده من المال الخفى جعلا فهو جائز عند
ابى حنيفة قال المصنف رحمه الله ومعناه ان يقر بما فى يده انه امانة لغيره وانما فسره بذلك لان
مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالدين والغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم
الامانة لذلك فيقضيها فيما فى يده للمقر له وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن

او اليد

او اليد ولا شىء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها
لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بانا لا نسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع
وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة فى المبسوط ولو كانت غير معتبرة لكانت الوديعة
كثوب القته الريح فى حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تأويلها
اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم
يعلم بانه كسب العبد قوله وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر
يده بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما فى يده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا
اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح فى حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته
بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابى حنيفة ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره فيما انتزعه
المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام فى الاقرار بما فى يده
واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول
الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن صحة هذا الاقرار
فى حيز النزاع فلا يصح اضافته فى الدليل والجواب انه مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح
فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى
ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار واما حكما فلان الانتزاع
كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس فى يده اصلا وهو باطل والمصنف
ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الى آخره اجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر
وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعنى به الاذن فانه ثبت
للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد
فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده
كغيره ممن لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة قال رحمه الله
واذا لزمته ديون • اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشىء من ذلك او
احاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوى الفا والمأذون ايضا
يساوى الفا وعليه الفا درهم والثانى ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم
ففى الاول لا يملك المولى ما فى يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابى حنيفة وقالا يملك ما فى يده
ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك فى كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فانه ملك الاصل علة لملك
الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعنى الرقبة ووطء الامة المأذون لها وهذا اى المذكور من ملك الاعتاق
وحل الوطء اية ملك الرقبة فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه
اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع من ذلك كما فى التركة اذا
استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث
باتصاله الى اقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث فى ذلك عند احاطة

الدين بتركته بل النظر في ضده اي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سببا للملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فانما ثبت نظرا للعبد ليراعى ذلك بعد العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء دينه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنع واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز **قال** رحمه الله وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز ش اي اذا باع العبد المأذون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عنه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بعيله العبادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة اجيب بان موهوم حيث لم ينشأ عن دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغيره وكل في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بل معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال يمكن ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا كان الاجنبي اي انه يجوز في الحالين يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة في الاحوال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخ بالواو وتابعه قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا كان الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقديره كلامه هذا لانه باع من المولى شيئا بمثل القيم جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بمال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا بالعين فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك بين بقوله وان باع بنقصان لم يجز المحاباة

وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى بين ان يزيل المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل وهو الصحيح قوله الحكم لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير انما امتنع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن بقدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن له في البيع مع الاجنبي وهو اذن فيه بمباشرته بنفسه غير ان فيه ضررا للغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذا الفرق بلفظ التثنية وفي بعض النسخ هذا الفرق كان قال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام **قال** رحمه الله وان باعه المولى شيئا ش كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقريره دليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بالثمن بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده شيئا من ماله لم يفض بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بايع وللبايع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو احق به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير يستوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب على ما قلتم آنفا اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم تزول العين عن ملك البايع ولا يزول

بره ما لم يستوفوا الثمن فاذا كان اليد باقية تعلق حقهم بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه
بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكن يخيرن بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد
سواء كانت كثيرة او يسيرة لان الزيادة تتعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب
المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز
عند ابي حنيفة اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب
التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء
قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم
بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب زيادة على مقدار ما اتلف
فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم
بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر وهو واضح وان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه
المشتري وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى
دينهم وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغييب فيتخير الغرماء في التضمين
وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييبه في حق الغرماء وهو العبد لانهم
يستسعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء وان شاؤوا اجازوا
البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن
هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن يفي بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على
ما سيجيء وكذا اذا كان الديون على المأذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز
بيعه ولم يبق لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية
وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن
ثم اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم
رد على المولى بالعيب معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى
الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى دفع عنهم المؤنة فلا
يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع
بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا **قال**
ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين • اذا قال المولى هذا العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط
خيار المشتري في الرد بعيب الدين لكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان
يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته به وكلمة به محذوف في
اللفظ وفي كل منهما فائدة فالاول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم
والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل
ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع

مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن
لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم
حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع
فانهم اذا قبضوا الثمن رضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة
في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص يتحمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف
بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون
مختارا لقضاء الديون فيما اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع
طولب به لبقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق
حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك لو كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك
عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب
ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت بها الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم
وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفة ومحمد وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم
وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بالاتفاق وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم
لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما انه لو جعل خصما لادعى عليه
والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال فخر الاسلام
وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب
ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله
في هذه المسئلة **قال** رحمه الله ومن قدم مصرا • رجل قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى
وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه اذا اخبر انه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على
اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك وهذا اقرار
منه على نفسه والثاني اخباره انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة
وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الى قبول
لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج
الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة وفي ذلك من التضييق ما لا
يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين
حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه لو
اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكان خالص حق المولى وحينئذ جاز ان يكون
مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق
العبد على ما بينا ما يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما
يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في
حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لان دعواهم الاذن كدعواهم الاعتاق والكتابة

فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة

فصل

لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي لانه قدمه لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة فانهما لا يتقيدان بالولي لخلوهما عن ضرر وكذا الوصية على اصله يعني تصح بصحتهما كصحتهما اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يجوز مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع ما لا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له لا يرد ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فخصصهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك قوله والصبي سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امر التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امر التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى قوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبتت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرته بنفسه فكان مرحمة في حقه خصوصا باعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي محتمل لان تتبدل من الهداية الى غيرها فبقيناها ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع

شيئا

شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه ولكنه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به اميرا للبلدة كامير بخارا فكان الوالي الاكبر هنا لانه له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط وقوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره وقوله والتشبيه بالعبد المأذون له الى آخره لذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك من اختيار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي عنه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن فيما هو كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر ان الحجر انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليين ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها لان الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الوصي والاب والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه على ما بيناه يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى آخره وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة ما لا حتى ان اقرار المأذون المصحوب بدين التجارة يعد غير صحيح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب

زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله
اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي
فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لابد منها في حد
الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب
كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة
لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب
عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب
مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا
يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال رحمه الله ومن غصب شيئا له مثل • المغصوب
اما ان يكون قائما في يد الغاصب اولا والاول سيجيء والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله
من جنسه اولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما
لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق
ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية
لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة
ساقط العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى
فالجبر التام ان يتدارك بما هو مثل صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الحاصل
فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع
لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان
آخر مكانه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاحوال
فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة
لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف معناه اي معنى
قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي
لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجبت قيمته
لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العدديات المتقاربة
كالجوز والبيض فهي كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وانما اقتصر على المكيل والموزون
لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والسطل وليس بنوعي
لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة فان كان الاول فعلى الغاصب
رد العين والغرض من تعليم هذا التقسيم كان انسب فتأمل لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى
ترد اي على صاحب اليد عين ما اخذته اليد حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه
لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف
وحرف التنويع معناه ان لا يريد باخذه سرقة ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة

جاد في ادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد انه يجد في ذلك لتغيظه ولان اليد
حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشرائه في حق سوى التصرف باليد لاسيما
اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها
عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه
بريء حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا
لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة وان الكفالة لا تصح بالعين ومنها
وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه
الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي
لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند
عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الابراء ان ما هو بعرضية ان يصير فله شبهة
الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار
وعن مسألة الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة
وعن مسألة الزكاة ما ذكرناه في مسألة الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم
بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار
ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة
ولم يظهرها قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان
الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما لو
ظهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة
من غير تلوم فما وجهه قيل في المسألة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في
الكتاب جواب الافضل قال رحمه الله والغصب فيما ينقل ويحول • الغصب انما يتحقق فيما
ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل
هو النقل من مكان الى مكان والاثبات في مكان آخر كما في حالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات
في مكان آخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل
في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول والشافعي لتحقق اثبات اليد
بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من
جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر داره من رجل
فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفتان فيتحقق الوصفان يعني
ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار

كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانها اذا كانت وديعة في يد شخص فجحده
كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب وعدم
القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد تجانبا في الاول
فانه يكتفى في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه اي باخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل
في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك عن
المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة
الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط
ان الاصح انه يقول لجحود الوديعة ليس بغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة
وابي يوسف ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قال** رحمه الله
وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا
اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما
اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت بسكناه
وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه
قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا
علي عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب لا بينة لصاحب الدار
على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البايع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف لان
البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد وقيل بقوله ولا بينة له لان
اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان له
بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق وقوله هذا
يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان مسئلة البيع والتسليم الضمان على البايع بالاتفاق فان قيل
اذا شهدا بدار لانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق والاتلاف فيها
البايع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما لجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير
ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو
اقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف
لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه
قضي له بها فلهذا لا يكون البايع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان
بان ينظر بكم كان تستاجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما
نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلام والرحمن واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بفعل غيره
ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق

ازدها

ازدها السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة يعني على راي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب
رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او يتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على راي من يرى ان الاصل
هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب
ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب تعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما
يكون الهلاك بفعله او بفعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم ينجبر نقصانه بوجه
آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او ناهدة فانكسر ثديها
او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه
في الغصب وقد فات منه جزء فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا انجبر
نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا
يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد
في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات
جزء وان لم يكن فيه يتخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترد
لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلتزم الضرر ويطالب بالقيمة
وله ان ينتظر فحق له بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف
المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البايع بفوات وصف منه قبل
ان يقبضه المشتري لا يضمن البايع شيئا للنقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب
نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البايع فصارت
تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم
الثمن كاملا لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل
وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل بالذات بجميع
اجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في
يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة
فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه
بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله **قال** رحمه الله
ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فاجره وقبض الاجرة فصار مهزولا
في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب
رد قيمته ونقصانه وصف مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا اذا اجر المستعير المستعار والمودع
الوديعة لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب
واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا الى الضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه
حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق

اذ الفرع يحصل على وصف الاصل اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف
فى ملك مستند فانى يكون للخبث اجاب بقوله والملك المستند ناقص حتى يكون ثابتا فيه
من وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد فى يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة فى اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد
الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك فى يد المشترى
ثم استحق وغرم المشترى فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة فى اداء الثمن الى المشترى لان
الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اى غير الغلة بتاويل المذكور والاجر والمال لانه
محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب
مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اى وقت استعمال الثمن وان كان فقيرا فلا شئ عليه
لما ذكرنا انه محتاج ولذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شئ عليه وان كان غنيا
فعليه الضمان ان يتصدق بمثله **قال** رحمه الله ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب
اذا تصرف فى المغصوب او المودع فى الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابى حنيفة ومحمد خلافا
لابى يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما فى الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام
سبب الضمان فكان التصرف فى غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء فى وضع المسئلة لتنبيه
على تحقق الخبث وان تداولته الايدى ثم هذا اى عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض
ظاهر اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله فى الكتاب يعنى الجامع الصغير
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه
العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها
واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها تطيب له وهذه اربعة اوجه ففى واحد منها لا يطيب
وفى الباقى يطيب وذكر فى المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه ايضا وهو ان دفع الى البايع تلك الدراهم
اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل فى الجواب قول الكرخى لان الاشارة اذا كانت لا تفيد
التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على
قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام قال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا
بعد الضمان بكل حال اى فى الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة بعدم طيب
جميع الربح وقال وذلك لانه اذا نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما اذا ان لم
يصير عينها عرضا فلا فيثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن
حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق وكذا فى
الوجوه كلها فى الخبث ووجوب التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوى الفين فوهبها او طعاما
فاكله لم يتصدق بشئ بل يرد عليه مثل ما غصب فى قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس
بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يظهر الربح **فصل** لما فرغ من بيان
حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بما يزول به الملك لانه عارض

وحق

وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها
زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدى بدلها
وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او صار
الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها
احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال
شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان كل المقاصد
المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر
انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل
ذلك بقوله كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طحنها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل
الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من
فعل قوله وهذا كله يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعى لا ينقطع
حق المالك وهو رواية عن ابى يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدى
الى الربا اذ الدقيق غير الحنطة من وجه لان عمل الطحن فى تفريق الاجزاء لا فى احداث ما لم يكن
موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب الا ترى ان الربا يجرى بينهما ولا يجرى
الربا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعى يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين
فى الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابى يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا ينقطع عنه حق الملك
فيباع فى دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله وللشافعى معطوف على قوله لانه يؤدى الى الربا
وتقريره ان بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلى فى الغصب
رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه وتتبعه
الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح فى الحنطة والقتها فى طاحونة فطحنت
فان الدقيق يكون لمالك الحنطة لذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل فى صورة النزاع فعل
الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف فى الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة فصار كما اذا عدم الفعل اصلا
وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
واربها اى جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك
لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذا
قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وابدا احدهما صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل
الاسم وفات معظم المقاصد وحقه اى حق الغاصب فى الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم
من كل وجه يرجح على الهالك من وجه على ما عرف فى الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح
كان الرجحان فى الذات احق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك
بالشى والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعله سببا

للمالك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان هذا الفعل له جهتين
جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو مشتمل من حيث
هذه الجهة لان الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح
والسلخ باق كما نعلم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها
بعد التاديب ولا يقال شاة مارية بل يقال لحم مارب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم
ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب
اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود
بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق بالذبح
كما كان فلم يكن لصاحبها ان ياخذها قوله الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع
حق المالك وبزوال الاسم على انقطاع حق المالك شامل لما ذكر في فصول مسائل الغصب فانه
اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك
لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجيء لان
عين الثوب قائم لم يتبدل الاسم وقوله لا يحل له ظاهر وقوله وجهه اي وجه القياس ان ثبوت
الملك مطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة
والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضى غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم ابن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابيه
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها
لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة
اخي ولو كانت اعز من هذا لم ينفس عليّ بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام
اطعموها الاسارى قال محمد يعني المحبوسين فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب
قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه فلما امر بالتصدق
بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل
معقول وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذه لقيام
الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي
بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان في مال اليتيم وقوله لجريان ما تقدم اشارة الى قوله
لمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله اصله
ما تقدم اشارة الى ما ذكره قبل هذا الفصل من تعليل مسالة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
فعليه النقصان **قال** رحمه الله وان غصب فضة او ذهبا فاذا غصب فضة او ذهبا
فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا
ملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير بها حق المالك هالكا من وجه

الابرية

الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في المضاربة
والشركات وبعدما ضربه يصلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى
تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة ان
العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي
الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك
قوله وصلاحيته لراس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح الى آخره وتقريره ان الصلاحية امر
زائد على مقتضى الطبيعة حادثة بالصنعة لا انه هلك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب
عن قوله احدث صنعة متقومة معتبرة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها
عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه
قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا
ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة
حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضي
به اخذه بلا فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل
ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يرجح
ابطال الحق الثابت من كل وجه ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء
شيء آخر بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة انه ذكره
فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك المالك
ملكها وسبيل مثله يعني ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه
من الجانبين قد مر آنفا يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
الى آخره ووجه آخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسالة ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا بالغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا
خاط بالخيط المغصوب بطن جارية او ادخل اللوح المغصوب في سفينته مع من عليها في لجة
البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع
فلا يصح الاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف النفس
لا لان المالك ملك ذلك بالصنع فلا يصلح للاستشهاد اجيب بانا قلنا ثبت في كل واحد منهما
حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان في ابطال الزيادة ضررا بالغاصب لا لضرر المالك وكما انا
نشأ وتبينه ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في
البناء واما اذا بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه قال المصنف وجواب الكتاب يعني قوله
فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه يعبر عما ذكر عليه لان الساجة قبل البناء عليها تتعلق الاوقاف
عن التقدير وابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تتعلق الشيء من ذلك الا بالنقض والتغيير فوجب
انقطاع حق المالك **قال** رحمه الله ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره

فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد
للذبح من الجزر وهو القطع وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصانا حيث إن الجزور
غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك
الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الإسمان والتأخير إلى وقت احتياجه
له في ذلك وكذلك إذا قطع يدها أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى
الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئا يعني في ذبح الشاة لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة
عليها ووجه الظاهر ما ذكرنا أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل
وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور
ولكنه يعم من قوله فوت بعض الأغراض إذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكره بقوله من الحمل والدر والنسل
ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم مأكوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله
وكذا إذا قطع يدها على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها فدل
أنهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب
تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني فيما أكول اللحم وغيره مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد
ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكان ينبغي أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول
اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في
الأول لأنه إتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي خيار
المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه لأن
نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد في رجل قطع
حمارا ورجله فكان لما بقي قيمة فله أن يمسكه ويأخذ النقصان قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك
متعلق بقوله فللمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي بعد قطع الطرف
منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود منها
من الحمل والركوب وغير ذلك قال رحمه الله ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد
الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما
أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو
يسير وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنفعة قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة
الثياب بأن لا يصلح لثوب ما قال المصنف رحمه الله والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس
المنفعة من حيث الظاهر والغالب إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه وجنس المنفعة
يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة
وإنما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وإنما كان ذلك صحيحا دون

غيره

غيره لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال وإذا غصب ثوبا وقطعه
قميصا ولم يخطه فلمالكه أن يأخذ ثوبه ويضمنه ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه
قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وإن
كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا
وإذا عرفنا هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم
من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقا كثيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك
الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص
وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب
من وجه من حيث إن العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى أي الجهتين شاء الاستهلاك أو وضمنه
جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمان نقصان القطع ووضع المسألة في
الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال
ومن غصب أرضا كلامه واضح لا يحتاج إلى الشرح لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي
عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له
أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن
محمد حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان تنظر إلى قيمة
الدجاجة واللؤلؤة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة
وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك إذا
دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر إليهما أيهما أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع
قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تخليصه ما شاء وله أمثال غير ما ذكر
وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق صحح في المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو
الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو
صفة صاحبه مجازا وقد يروى بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله
تقوم الأرض الخ فإنه تقوم قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق
للقلع خمسة عشر فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الأرض والشجر لصاحب
الأرض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا إلى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني
كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تنقص الأرض به فكذلك هاهنا لأن في كل منهما شغل
ملك الغير بملكه وقوله لأن التمييز ممكن يعني بالعصر وقوله ولنا ما بينا يعني في مسألة الساحة
بالجمع بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب
الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى المالك وضمنه قيمة صبغه وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه
أن تخيير كل واحد منهما متعذر لجواز وقوع التنافي منهما وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ
صفة فكان كالتابع والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال أبو عصمة المروزي في

اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان
هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كان في مسئلة الانصباغ
كذلك لكن وقوعه من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيد بذلك نفيا للتعلق وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة
الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق من حيث الخلط الا انهما
يفترقان في ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال
في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد بالقيمة
المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير في منه
وبه نظرا الى ما يقوم قوله فعن محمد انه ينظر الى ما يزيد فيه ومعناه انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت
الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة
واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي
من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد **فصل** لما فرغ من كيفية ما يوجب
الملك للغاصب بفرعه فذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك
بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمن قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها
عندنا خلافا للشافعي له ان الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك الا ترى انه لو غصب
مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق ولنا ان المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله والمبدل قابل
وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك
البدل لكن فيه شرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك ولم يذكر
ان سبب الملك هو الغصب والامام لم يذكر تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد
فانه قال في الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب بعد القضاء بالضمان او التراضي
قال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب
حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان الملك اذا تم له الملك بذلك
السبب تملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة تملك المشتري المبيع
بزوائده المتصلة والمنفصلة وموهم هذا فهذه العبارة بعض المشتغلين فالغصب عدوان
محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان
المحض سببا له فان ترغيبا للناس في تحصيل ما هو مرغوب لهم بسبب لا يجوز اضافة مثله الى الشرع
وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بواسطة
والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله بخلاف
المدبر جواب عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم
بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره ما قيل بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن بقضاء
القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيع القن
بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال** والقول في القيمة قول

مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك
البينة باكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة
فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب فاقام الغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لا يقبل بينته بل يحلف
على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان
تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت
وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة
ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها واندفع
الخصومة واما الغاصب فعليه هيهنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون
في معنى المودع وكان المصنف اختار قول من قال ان ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس
بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له
واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني
ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها
وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب
انما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف
لاجل التعذر فيثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة
كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا يحتاج الى ما قال ابو بكر الاعمش وهو ما تأولها
انهم شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة
المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت
العين وقيمتها اكثر مما ضمن [illegible] فاما اذا ضمن بعد تمام الرضا وان كان الاول
لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين
للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان
الثاني اي لو ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد
العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة
يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله وافقه [illegible]
لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة
لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في ظاهر هذا الفصل
الاخير يعني اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان
شاء اخذ العين ورد العوض وهذا ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استردادها لانه يوفر عليه
بالعدل بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عنه حيث لم يعط ما يدعيه
من القيمة وعدم تمام الرضا لم يسقط الخيار **قال** رحمه الله ومن غصب عبدا فباعه ● ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه

لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد
ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما مر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق
كملك المكاتب فانه يملك ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن
اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يجوز اعتاقه وهو الاصح
قياسا على الوقف وفي رواية لا يجوز وقد تقدم في بيع الفضولي وكذا المغصوبة ونماؤها كالسمن
والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب
المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لانها
عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي زوائد
المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير
رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون
مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من الخروج ولنا ان الغصب اثبات
اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس
بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي
ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا
وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل
قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الام فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن
لا ازالة ثم ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان
كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا
يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب
وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة والصفة الثابتة والاوصاف القارة في الامهات
تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام
بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في ولد
ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة ربعها وذلك كما في الغاصب فانه يضمن وان لم تزل
يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد لم يزل يدا والمودع
اذا منع الولد يضمن بالولد ولم يزل يدا في حق الولد وتضمن الدواب بالاتلاف تسببا كحفر البئر في
غير الملك وليس ثم ازالة يد اصلا ولا اثباتها فالجواب انا قلنا ان الغصب على التفسير المذكور
يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان
يكون الضمان حكما نوعيا يثبت في كل شخص منه بشخص من العلة فيما يكون تعديا قوله وولد الظبية
المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح
لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان
قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع

لاباعتبار

لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا اطلق بعض من قال بوجوب
الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضامن جناية اي اتلاف
لا بسبب الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا
تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا وهذا يتكرر الجنس بتكرر هذه الجناية
فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم
وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه بتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج
من الحرم قوله وعلى يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها وهو
اثبات اليد على مستحق الامن اولى **قال** رحمه الله وما نقصت الجارية بالولادة
ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت
عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة التي تثبت فيها بسبب الولادة لان
الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا
عليه كما لو فات كلها فان رد الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان
يكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب
الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب
ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز
صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى
عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف
بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا
ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة على ما عرف
ذلك بعين في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما سيجيء وعند ذلك
لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا
عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عنه اي
المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي
به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات وصار كما اذا غصب جارية
سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ
ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان العبد المقطوع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف
قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما تقريره لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر
بقيمة الولد ولكن لا نسلم ان الام اذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيه وفاء وهذا
الممنوع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا
وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي الى

غالبًا وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن
ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت
الأم ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورًا بالولد فكذا إذا رد قيمتها
بخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا
فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد وإذا كان الولد هالكًا كيف
ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع
وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع
فإن قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون
جابرًا لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف أشار إلى الجواب بقوله لا يعد نقصانًا وإذا
لم يعد نقصانًا لم يحتج إلى الجابر فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فإن قيل لو كان الولد خلفًا وبدلًا
عن النقصان لما بقي ملكًا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكه وأجيب
بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فإذا ارتفع النقصان
بطل الخلفية وبقي في ملك المولى فإن قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفًا عن المضمون فالجواب
ما أشار إليه المصنف من عدم عده نقصانًا لا يضمن وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثالث أيضًا
فلله در المصنف ما ألطفه ذهنًا جزاه الله عن المحصلين خيرًا **قال** رحمه الله ومن غصب
جارية فزنى بها **قال** في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني
بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال
أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الأمة أيضًا إذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وتابعه المصنف في قوله
ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لنا أن الحبل كان موجودًا
وقت الرد قالا الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فإن قيل
لا نسلم صحته حيث هلكت عنده بسبب كان عنده أجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك
وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما إذا حمت في
يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية
قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على
البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولأبي حنيفة أن الرد لم يكن صحيحًا
لأن الصحيح منه يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ههنا فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف
وردها وفيها ذلك فصار كما إذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن
كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة إذا زنى بها مكرهة
فحبلت وماتت في نفاسها لأنها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا تضمن فلا يبقى ضمان الغصب
بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند
البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي

وقع

وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب
الرد على الوجه الذي أخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيلًا لما لم يوجد بشرطه على
ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف
لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم
وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالأوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب
جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فإنه يضمن النقصان وإذا دخلت الأوصاف فيه
كان الرد بدونها ردًا فاسدًا وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى و
الضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو
مركبة منهما فلا يضاف إلى السبب القائم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما أو
زنت في يده الآخر وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح و
المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قال**
ولا يضمن منافع ما غصبه منافع الغصب غير مضمونة إلا أن ينقص باستعماله فيغرم الغاصب
النقصان وقال الشافعي هي مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما
سمي الأول غصبًا والثاني إتلافًا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل الكرخي فقال
إن سكنها فكما قال الشافعي وإن عطلها فكما قال أبو حنيفة له في أن المنافع أموال متقومة
لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيها الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة كانت
أو فاسدة بالإجماع فكذا بالغصب لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقومًا كالوارد على الميتة
ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه أي تصرفه وقدرته وكسبه إذ هي لم تكن حادثة
في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى وما حدث في إمكان الرجل فهو ملكه دفعًا للحاجة فإن الملك لم يثبت للعبد
إلا دفعًا للحاجة إلى إقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والإنسان لا يضمن مال نفسه ولئن
سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها وكيف يتحقق ذلك وأنه لا بقاء لها ولئن
سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان لسرعة
فنائها وبقاء الأعيان واعترض بما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمن بالدراهم التي
تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما إذا استأجر الوصي لليتيم أعمالًا
بدراهم اليتيم فإنه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحًا لما جاز لأن القربان في مال اليتيم لا يجوز
إلا بالوجه الأحسن وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة ههنا ما يكون بين باق وباق لا بين باق وفان
فكان السؤال غير وارد وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا ترى أن
بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يخالف الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم
اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو أن لا يعد
غبنًا في التصرفات وقد عرفت هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولًا بقوله لأنها
حصلت في ملك الغاصب وثانيًا بقوله إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثًا بقوله لأنها

لو تماثل الاعيان الحاضرة فى الخلف يعنى فى مختلف ابدا المثليث وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب
عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة فى ذاتها لان التقوم لا يسبق
الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل تتقوم ضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد
عليها بالتراضي ولا عقد فى المتنازع فيه الا ان اى لكن ما ينتقص باستعمال المغصوب عليه لاستهلاكه
بعض اجزاء العين **فصل فى غصب ما لا يتقوم** لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو
غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير
متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او بتغييره فى نفسه الى التقوم **قال** رحمه الله
وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم و
اتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف
فى الاوليين بالاجماع واما فى الاخريين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا
باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها فى حق المسلم بالاضافة فكذا
فى حق الذمي لانهم اتباع لنا فى الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان
اى ما يضمن به ولنا ان التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا
دل على ذلك قول عمر حين سأل عماله ما ذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها
لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوز
بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون
يعنى لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع معنى لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف
لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقى التقوم فى حقهم واذا بقى فقد وجد
اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمن ونوقض بما اذا مات المجوسي عن بنت
اصلها امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح
توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد فى ديانتهم ثم لم نتركهم
وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله
بخلاف الميتة والدم جواب لمقيس عليه الشافعي لم يذكره فى الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين
تمولها الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكير الضمير فى الكتاب بتاويل الشراب اى المذكور
لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها
فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها
قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق
بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله لانه
مستثنى عن عقودهم يعنى بنحو الجوار لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربا فى دينهم قال الله تعالى واخذهم الربا وقد

نهيهم

نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان
العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا فى الحقيقة مقيس عليه للشافعي ووجه الجواب انا ما ضمنا
لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اى فى ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بل الترك
والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا
وفى ترك التعرض الاستخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر على ذلك بخلاف
الارتداد قوله وبخلاف متروك التسمية متعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعنى لما امرنا
ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه
مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان نقول بموجب الضمان على من اتلف متروك
التسمية عامدا لانه مال متقوم فى اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قال لان ولاية المحاجة ثابتة
والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر باعتقادهم فى ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول
لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على ترك المحاجة مع المجتهدين
بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك
بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين **قال** رحمه الله فان غصب من مسلم خمرا
ومن غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ
اما ان يكون بخلط شىء وما له قيمة او لا فان خلل بغير شىء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ
بالتراب والتشميس وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا
فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شىء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته
ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكر فى الكتاب وهو ثنى فان لم
يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابى حنيفة وقالا يضمن الجلد
مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه وان هلكا فى يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى
الدليل لان دليله الاجماع وهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا يجب الضمان قيمته يوم
الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا الضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موجب
بالتعدى والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلانه
انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه قال القدورى رحمه الله يعنى اذا غصب الجلد ممن يملكه اما
اذا القاه صاحبه فى الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابى يوسف ان له
ان ياخذه فى هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه
ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع
فيه قوله ولانه واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوته
الرد خلفه قيمته كما فى المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وبهذا فارق الهلاك

بنفسه لانه لا تفوت منه هناك قال الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير قولهما يعطي
ما زاد الدباغ فيحمل على الخلاف في الجنس يعني ان يقوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير
فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قوما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك
القدر ويأخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة لا نسلم ان الجلد
مال متقوم في نفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله
ما لا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان التقوم حقا للغاصب
وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع
لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هنا كان باعتبار ان الاصل
وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله
بخلاف الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير
تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما قبلها والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم
في الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده
وتتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا واتجه الذكي
استظهار لان التقوم فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا
للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قايما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب فهذا النوع
اي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له
بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا
تركه دليل ان في المسألة خلافا لا دليل المختار الفقيه ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه
عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو اي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه
آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لعله من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة
المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس له كذلك ثم اختلف المشايخ
في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له قيمة واما اذا دبغه بما لا قيمة
له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه
الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية
والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء
الملح فيه قال المشايخ صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة وعندهما اخذه المالك و
اعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثم قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول
سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ نشير اليها قوله [illegible]
قيل وقيل يتكرر قيل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان دقيقا فاداد

المالك الحاذ قال ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك
اي اصل محمد فان اصله وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما
وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن مثل خل الغصب
منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني بهما اذا صار خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اجبروا جواب
الكتاب يعني الجامع الصغير فهو قوله لصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حمله
على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان
يأخذ الخل في الوجوه كلها وهو التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها
لان الملح فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما **قال** رحمه الله ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار
والدف معروفة وقوله اهراق له سكرا اي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق
بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلام المصنف ظاهر لا يحتاج الى الشرح
والله اعلم **كتاب الشفعة** وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك
الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن تؤخر الحاجة
الى معرفة الاحتراز عنه وكثرة تعبيره اسبابه من اسباب الاستحقاق في البياعات والاجارات والشركات
والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي
مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة
عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار **قال** رحمه الله الشفعة
واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حق المبيع كالشرب
والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف رحمه الله افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من
هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم
اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع
بعدها فلم يبق للشريك الآخر لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله صلى الله عليه وسلم
جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك
في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته
مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه احق بعرضها عليه للبيع
الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق
قبل البيع وقوله ينتظر تفسير لبعض ما تحتمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله
صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق
بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع
والثالث للجار وقال الشافعي لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام

الائمة من قريش فتخص الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا
شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة
ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة
فيه قوله ولان حق الشفعة دليله معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس
لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه وكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع
به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا لان الجار
يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مونة القسمة التي تلزمه
وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مونة عليه في الفروع وهو المقسوم ويعم من جملة [illegible]
ليس في الجار وصله بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر
والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث
حسن صحيح وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل
بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأبيد احتراز عن المنقول
بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد
وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمهر ونحوهما
اعتبارا بالحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه
لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار انما انتصب سببا في مورد
الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار
واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الاصل يعني الشفيع ولانه
الضرر في حقه بازعاجه خطة آبائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصل دافع الدخيل انما
والدفع اسهل من الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مونة القسمة تلزمه جعل العلة
المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مونة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة
طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسبب مونة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا
للضرر عنه وتقرير الجواب ان مونة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو التملك على
المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم
بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه
وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق من تتمة الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة
بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وان
نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما اشكل انه هل
يستحق بها الشفعة او لا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني اعني
على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف الشريك في
نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار دلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على

ولانا لاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا
ان دفع ضرر مونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا
لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال رحمه الله وليس للشريك في
الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم فظاهر الرواية
فان سلم فللمتأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فلئن سلم
ثم لذلك ان يكون للجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب
حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذذاك
بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل ان يكون في دار
كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل
في بيع الدار متى ذكر بيع كل حق هو لها والبقعة واحدة اراد المصنف الذي هو مشترك بين البايع والشفيع
وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء في بقية
الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين
التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائب سبخ
وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لان فتح الباب للمرور ولا
حق لهم في المرور واصل ذلك ان الاستحقاق للشفعة وجواز فتح الباب متلازمان فكل من له ولاية
فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له
الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس
الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة الى آخره
فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع
ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة
المتشعبة من السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله كما
بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال رحمه الله واذا اجتمع شفعاء
اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي فاذا كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها
ولآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة يقضي بذلك
بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل
وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب
الاستحقاق وهو الاتصال الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال
السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله
قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فانى يتساويان واجاب بقوله وكثرة
الاتصال يؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد يستحق

الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدلايل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث
يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح
وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزم الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل
عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة
عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك او التي تحصل
من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة
الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلل وليس بصحيح الا يرى ان الثلاثة
والاربعة سوا ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه لانه لم يجتمع
في الابن علتان انضمت احدهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته
بجعل الشارع لذلك من حيث الحالتان وقوله وتملك ملك غيره جواب عن جعل الشفعة من ثمرات الملك
يعني انا نتمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكنا لان الاب له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يجعل
ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعا واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان
يكون قبل القضا له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما
تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو
كان البعض غايبا تقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغايب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب
فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلب يقضى له بالنصف فان حضر
ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضا له بحقه فليس له ان ياخذ
الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه
والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما كان
بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر يعني بعدما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف
وهو مسئلة الكتاب لان قضا القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضا
قال والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم
ان البا للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل
عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع بملك الشفيع ولهذا
قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل
البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابرا عن ساير الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب
بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق
صحة التسليم كادا الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط
الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد وقوله
والوجه فيه اي في هذا التاويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار ورغبته عنه امر باطن لا يطلع

عليه

عليه وله دليل ظاهر يعرف به وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب
والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك اقيم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار
البايع به صح له ان ياخذه وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان
الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك ترددا لبقا الخيار للبايع بخلاف
الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فيعمل به كما زعم والهبة لا تدل على ذلك لان
غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلم ينقطع عنه حقه بالكلية قال رحمه الله
وتستقر بالاشهاد للشفعة احوال الاستحقاق وهو بالاتصال بالملك بعد البيع كما تقدم والتقرر
وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة اضافة
الطلب الى المواثبة لتلبسه بها الا ترى انه لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل
بالاعراض كما قال عليه السلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبتت وهو كناية عن سرعة السقوط
وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على
الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما
يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضا القاضي ودليله ما ذكر ظاهر وقوله ويظهر فايدة هذا
اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله
في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع
داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب
الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع
يعني قول القدوري

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم
تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال رحمه الله واذا علم
الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ نبه عليها طلب المواثبة سميت
به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة قوله وهذا
يطلبها كما علم اي من غير توقف سوا كان عنده انسان او لم يكن وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله قبل
لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم
فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض
عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل
البخاري لو قيل له وهو بيع ارض بجنبها ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا
ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لانه كلام وقع
لغوا في الابتدا فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لان الناس تعارفوا ومنهم من قال لو قال الطلب
وآخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف وقوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل
وقد ذكرناه الى ما ذكره في آخر فصل القضا بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد
باخواته الموكل اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف

المخيرة اذا اخبرت عنده اى عند ابى حنيفة يعنى ان المراة اذا اخبرت بان زوجها خيرها فى
نفسها يشترط الخبر رجلا كان المخبر او فتيره فان اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق
والا فلا لما ذكرنا انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطرى الشهادة وقوله او على المبتاع
يعنى المشترى او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب
المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبايع
والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة احدها او لدى فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك
يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا فى مصر
واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحى المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان
احدهم فى مصره والآخران فى مصر آخر او فى رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا
واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هؤلاء حتى لو تمكن ولم
يطلب بطلت شفعته قوله ولا تسقط بتاخير هذا الطلب اى بتاخير الطلب الثالث وهو طلب
الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه بمرض او حبس او غير
ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الفرق جواب
عن قول محمد يعنى ان الشفيع اذا كان غايبا لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا
فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غايب لا يبطل وهو حاضر
نقل فى النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غايبا فعلم بالشراء فانه ينبغى ان يطلب طلب المواثبة
ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشترى او البايع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى
ذلك الاجل وهو قدر المسير الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب
فلا شفعة له قال رحمه الله واذا تقدم الشفيع الى القاضى هذا هو الموعود بقوله
وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد
من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره او لا وربما ظن ما ليس بسبب سببا كالجار المقابل سببا فانه
سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد
وان يسأله فيقول هل قبض المشترى المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم
يحضر البايع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت
ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابى يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضى لا يلتفت الى دعواه
وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابى حنيفة فى عدم البطلان
بالتاخير وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الاشهاد فان قال طلبت حين علمت او اخبرت
من غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير يسأله عن المطلوب بحضرته
هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف
بملك الذى يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون يد ملك واجارة
وعارية والمحتمل لا يكفى لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد ثبت دعواه وان عجز استحلف المشترى

بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذى ذكر مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به
لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما فى يد غيره فان نكل ثبتت دعوى
الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم
البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشترى على انه ما اشتراه او ما استحق عليه
الشفعة من الوجه الذى ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه من قبل وسنذكره
بفصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال رحمه الله وتجوز المنازعة فى
الشفعة وتجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى
لزمه احضار الثمن قال المصنف وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح
فى الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشترى
ان يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه او من ورثته ان مات وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضا على احضاره
حتى لا يتوى مال المشترى والفرق بين هذا وبين المشترى مع البايع ان البايع ان سلم المبيع عن ملكه
قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشترى وانما ينظر
باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشترى هنا فلا يزول ملكه بنفسه عن اختيار ليقال اضر
بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز
للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشترى بابطال الشفعة
اذا ماطل فى دفع الثمن ووجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضا ولهذا لا يشترط تسليم
ما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضا بها ليتمكن المشترى من المطالبة
واذا قضى له بالدار فللمشترى ان يحبسه حتى يستوفى الثمن ويكون القضا نافذا عند محمد
ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له
ادفع اليه الثمن لا يبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضى قال رحمه الله
وان احضر الشفيع البايع وان احضر الشفيع البايع الى الحاكم والمبيع فى يده فله ان يخاصمه
فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة له اى معتبرة كيد المالك ولهذا كان له ان يحبسه حتى
يستوفى الثمن ولو هلك فى يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن
لا يد له فهو خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البايع حتى يحضر المشترى
فيفسخ البيع بحضرته ويقضى بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة مقتضيا
كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشترى لا بد من حضوره مع البايع لسماع البينة
فلان للبينتين اشتراكا فى احدهما مع البايع وتفردا بالاخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان
الملك للمشترى واليد للبايع والقاضى يقضى بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضى عليه
للقضا بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البايع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته
اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع فى حق المشترى اذا

كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه
بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها
مبنية على البيع بيّن وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة
لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممنوع واذا كان ممتنعا فات الغرض
من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه
يبقى اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر
انفساخه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحصل البقاء بتحويل الصفقة
الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها
مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندرج ضمنيه
من جانب المشتري فلا يتعدى الى الغير وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل
الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية
اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سياتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب وان شرط المشتري
على ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب
وانما تعين في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت
الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع
بالعهدة على البائع لانه بايع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه
المشتري ثم اخذ الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال رحمه الله
ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم ‧ المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة
اولا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ
بالشفعة من حقوقه فان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا
لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم
البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء
كالبائع من الموكل فكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار
في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم اجاب المصنف بقوله الا انه مع ذلك قائم
مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفي بحضوره والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله
وكذا اذا كان البائع وكيلا لغائب ظاهر وقوله وكذا اذا كان البائع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو
الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فانه
بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارا
لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله واذا قضى للشفيع بالدار الى آخره ظاهر وقد ذكرناه
ايضا **فصل في الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن
وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه **قال** رحمه الله وان اختلف الشفيع

والمشتري في الثمن ‧ الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من
كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيير
الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري
لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا
يتحالفان لانه لم يرد ثمة نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فالبينة للشفيع
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع اذا اختلف
هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل
اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في
ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين
في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهدت عليه البينتان وفسخ
احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان ياخذ
بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا
هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ
الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل
الوكيل صار حينئذ آخرا واذا اتى بحسب ما يوجبه البينتان فكان للموكل ان ياخذ بايتهما شاء واما المشتري
من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا
ان البينة للمشتري فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيعان ههنا لكان الانفسخ الاول
وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد واشار اليها بقوله ولان بينة الشفيع ملزمة
لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منها اولى
لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يخير
بين ان ياخذ او يترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها ابو يوسف
ولم ياخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينها وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان
كل واحد منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على
بينة المشتري من العدو لانها غير ملزمة **قال** رحمه الله واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اقل منه ‧ اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض
غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي البائع اقل او اكثر فان كان
اقل اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح
وقوله ولان التملك وقع من جهته وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع
شيء الا برهانه لو اقر بالبيع وانكره المشتري فثبت حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان
كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر

فياخذها الشفيع بذلك وان تحالفا فسخ القاضي بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع
لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا
للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول
البايع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا فان
كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول فالغرض
ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض
او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع
اي بالالف لانه اذا بدا بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله
قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك بقي اجنبيا من
العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يتعين ان ياخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم انه ان الثمن اذا كان
مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني
كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله وياخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن
خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة ان
المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع
المقول وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع
وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قال** رحمه الله واذا حط البايع عن المشتري
حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة
ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا
يخرج ما ذكر في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان
حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثابت
بالحق والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظاهر
قوله ومن اشترى دارا بعرض اي بمتاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض
لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع
اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة وعلم
به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف
بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة
الدار على ان ياخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما تعرف
بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم
ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وان باع عقارا بعقار ظاهر ووجهه مما تقدم واذا باع بثمن مؤجل

الى اجل

الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي
الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا
ولا شفعة فيه وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي
القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فياخذ باصله
ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع
او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضا دليل آخر تقريره لا بد في
الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به
في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر
ملؤ الرجل بالضم ولقايل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه
من البايع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوتها
للضرورة ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول
زفر ووجهه ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن
حق البايع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظاهر وقوله كما بينا اشارة الى قوله لاستغناء
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اوائل باب طلب الشفعة
وقوله وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل لما كان يتوهم ان الشفيع
يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة
كما هو المختار ولكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى حيث يثبت الشرط
في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقول ابي يوسف احترازا عن قوله الاول
روى ابن ابي مالك ان ابا يوسف كان يقول اولا كقولهما وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل
وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه
انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال
فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قوله الآخر ما ذكره في الكتاب
وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة ثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق
الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت
بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز ان يتاخر
الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاول وتقريره
لا نسلم ان المقصود به الاخذ وان كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو
متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا **قال** رحمه الله واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير
واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر
وقوله وشفيعها ذمي احترازا عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار
الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المص

اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير
ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بانه مراعاة حق الشفيع
واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق
معرفة قيمة الخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع
الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري بمثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار
الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق
بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع
في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا او بقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة
وباقي كلامه ظاهر **فصل** الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة
والنقصان بنفسه او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري
او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري
وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين
ان ياخذ بالثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو انه
يقلع ويعطى قيمة البنا لابي يوسف انه محق في البنا لانه بناه على ان الملك له والمحق في الشيء لا يكلف
قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب
ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى به وبالمشتري ايضا اذا زرع فانه
ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اي ما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن
على الشفيع بقيمة البنا الموجود بمقابلها وهو البنا والغرس فيجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية
ان المشتري بنا في محل تعلق به حق متاكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من
جهة من له الحق وكل من بنى في محل كذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى المرتهن في المرهون وقوله من غير
تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان بناءهما حصل
بتسليط الواهب والبايع وهذا اي نقض البنا لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز
ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض
بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كالاجارة وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفاته بنا وغرسا وقوله في
الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وعلى
الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة لان عدم ارتداد البايع في الشراء الفاسد
اذا بنى المشتري في المشترى انما هو قوله واما عندهما فله الاسترداد بعد البنا كالشفيع في ظاهر الرواية
قوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا
لا يبقى بعد البنا وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف تكليف فيه
نظر لان الاسترداد بعد البنا في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة كما لا يستدل به

والجواب

والجواب بانه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله
ولا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة
على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة
البنا والغرس على البايع دون المستحق فكذلك هاهنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكذا اذا زرع
المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى
من حق المشتري يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالادنى انما يكون بعد المساواة في اصل الحق
ولا مساواة لان حق الشفيع متقدم وطولب بالفرق بين بنا المشتري في الدار المشفوعة وصبغه الثياب
كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا
على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثيرا لسلامة النقض له بخلاف
الصبغ وقوله وان اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء
كلفه القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب
ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البايع او المشتري
لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البنا والغرس ايضا لانه متملك عن المشتري
فنزل منزلة البايع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البنا فكذلك
الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكر ان المشتري مغرور ومسلط على البنا والغرس
من جهة البايع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت
الدار كلامه ظاهر والتامل فيه يرشد الى ان في قوله من قال انهم يعني ائمتنا زعموا ان البنا اذا احترق
لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن وكانهم اعتبروا فعل
النار دون الماء تعسفا لعلة التامل فان منشا الغرق ليس فعل الماء وانما منشاؤه ان البنا
وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فاتت من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف
لبعض اخر فكل بل هو مما يسقط حصته لغرقه من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان ياخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا فبقي منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ظاهر وقوله
وما كان نحوها فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة
اذا ولدت قبل قبض المشتري فيسري حكم البيع الى الولد كسراية حكم الاصل الى التبع حتى يكون الولد مملوكا
للمشتري كالام وقوله في الفصلين يريد بهما اذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جزه المشتري واما
اذا لم يكن ثمر الى ثم جزه ثم جاء الشفيع لانتفاء العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت
وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري والله اعلم **باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب**
ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال **قال**
الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة
وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق
التبعية فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار

والحائط والبستان واصلها ما احاط به والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واخذا حوش من
الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة
بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان الطريق في السفل بل اذا كان فيه ذلك كان
استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار قوله والمسلم والذمي سواء فيها وقال ابن ابي ليلى
الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا ان العمومات من غير فصل والاستواء في
السبب والحكمة وهو دفع ضرر سوء الجار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر
والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال
يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا فاذا كان البائع غير
المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا
وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال
واذا ملك العقار بعوض هو مال • قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض
هو مال لانه امكان شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات
القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا لان الشرع قدم
الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا التحقيق فالعهدة
لانه لو اخذه اخذ بعوض كان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار
يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت
او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء بالمشترى حتى
يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تخريج هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن رعاية
شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما
تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا استحلالا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض
متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة
الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا
عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي
ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا في حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما
لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول جواب عن قوله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه
الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله
وكذا الدم والعتق غير متقوم لانا اخذنا لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم
واستدل على ذلك بقوله لان القيمة انما تقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيم
انما تقوم مقام العين من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى
الخاص فيهما لان العتق الخاص اسقاط وازالة والدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما
يتقوم به وقوله وعلى هذا البيان ان القرض عند العتق ودم العمد سواء في كونهما مقابلا به بالبضع

بخلاف

بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض
بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما
عندهما وبانه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار
ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شيء منها وقالا تجب في حصة الالف تنقسم قيمة الدار
على مهر المثل والالف درهم لانه مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة يقول معنى
البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح
فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالالف على ان تزوجني نفسك
قوله ولان الشفعة دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية
واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها مقصودة لابد منها الا ترى ان المضارب
اذا كان رأس مال الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها
بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس
المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله
فيه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو التبع قال
او يصالح عليها بانكار • عطف القدوري قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا
من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر نسخ المختصر وكلام
فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان
من جنسه كان اخذا لحقه فليس فيه معاوضة فلا يجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا
يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا الا ان تكون بعوض مشروط في العقد ولابد من
القبض فانه اذا وهب دار الرجل على ان يهب له الاخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم
يتقابضا ولا بد من ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب
الهبة ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا
في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض وان كان العوض دارا لان كل واحد
منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط
الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع
الفاسد فلانه يمنع بقاء ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو
السبب قوله وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله من قبل بعد
البيع لانه قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الى آخره قوله
واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع لانه ثبت بالشرط

وهو المشتري بدون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين البائع
والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة
كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما تقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه
لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق العقد
بزوائدها المتصلة والمنفصلة ولتبين ان اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري
وفيه اشكال وهو ما ذكره الثلجي من ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في
مدة خياره والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله اوضحناه في البيوع يحتمل الجواب
هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه
بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت
في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان
تكون واضحة في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار
المشتري قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة
كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع قوله بخلاف ما اذا
اشتراها المشتري بشرط الخيار وللشفيع ان ياخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري
بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شرا
فاسدا الكلام واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شرا فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو
فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفيع باق على حاله
الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض
الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه
صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه
بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري اذا
اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليحصل المحقق ولا يلزم تقرير الفساد
واجيب بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او الفساد في نفسه كجعل
الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساده فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من تقريره عدم
وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسده واما البيع الصحيح فيمكن وجوده
بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب
ان المشتري ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب
حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف
فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يبطل
موجب الاحتمال باستعماله وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه
ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يتم لما بعد حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا

واجيب

واجيب بانا لا نسلم ان ذلك مما هو منهي وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة
الحيض فانه يحلل المراة على زوجها الاول وتقرير الفساد الماس ينقض من الشرع ممنوع
وفي الشرع الشفعة في البيع الفاسد كذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف
الى الشرع واري ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات الشفعة تقرير له
كان كافيا و ورود الخيار للمشتري كان ينبغي ان يقول لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان
ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد ولكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق
على المالك بملك غير محظور او على من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكا
فهو احق بالتصرف والمشتري شرا فاسدا ليس منهما فانه يسقط الفسخ بالزيادة في المبيع
كالبناء والغرس عند ابي حنيفة وبالبيع من اخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان
بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري
فهو شفيعها لان الملك له قال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار
المشتراة بالشرا الفاسد لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض
المشتراة بشرا فاسد مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت
الشفعة ثمة لا يتحول الشرا الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقرير
للفساد فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو
بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شرا فاسدا فان بقاء ذلك
يمنع الشفيع عن اخذ المشتراة بالشرا الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع
عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت
دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد
بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه قوله
ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة لزوالها كان
يستحقها بها كما اذا باع بخلاف ما اذا اسلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع
بعد الحكم بها ليس بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم لها ولا يثبت
الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية
له لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال واذا
اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا
بعد الافراز وهو متعذر وان اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار
رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه ولا فرق في هذا بين فيما اذا كان الرد بالقضا وبين القبض وعدمه واما اذا ردها

بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل
ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري فكذلك
الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده اي ومراد القدوري في قوله او بعيب
بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية
الكبير فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل
واما رواية الفسخ فقد اثبتها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة
ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فسلمته
لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب
الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفسخ
عليها اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد
لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عينه او مثله فلا فائدة فيه اما اذا كان
عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

تاخير المبطل عن الثبوت مما لا يحتاج الى
بيان وجهه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة
او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من
غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه
كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك
بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما
ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب يشهد في
مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وتركه هاهنا لانه اعراض عن الطلب وهذا يعني اشتراطه
بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهو عند القدرة فالاعراض يتحقق عند القدرة
حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب طلب المواثبة
وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضح فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة
ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك
وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط
لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر
المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فانه صحيح
وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع
المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزم
وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط

وذلك

وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح
الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح الاستدلال به قوله على عوض اشارة الى ان الصلح
اذا كان ببعض الدار صح ولم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على ان ياخذ نصف
الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لعدم الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار
بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لعدم الاعراض قوله وكذا
لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض
عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال
والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره
ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص
فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في حقه فكان حقا
متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا
وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين
ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه
واحد فكان اخذ العوض اكلا للمال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان
الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية
ابي حفص قيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض
عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينهما
وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضا
انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل
هذه الرواية اي رواية ابي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط
الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة
يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه اي في
المبسوط **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة
واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري
اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك
وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على اصل له ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الوارث سواء كانت مما يعتاض
عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد
زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيام ملكه
وقت البيع وبقائه الى وقت القضاء ولهذا لو زال باختياره بان باع سقط وهذا بخلاف
خيار الشرط فان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري

لم يبطل الشفعة لبقاء المستحق ولو باع الدار فدين المشترى و وصيته اى لايقدم دين المشترى
و وصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع متقدم على حق المشترى كما تقدم وكان متقدما على حق من
يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى او وصيه فى دين الميت فللشفيع
ان ينقض كما لو باعها المشترى فى حيوته لايقال بيع القاضى حكم منه فكيف ينقض لان قضاءه
بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشترى فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع
ما يشفع به قبل القضا بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب
وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اى ولان زوال السبب يبطل بزوال سببه بالبيع وان لم يعلم
الشفيع بشرا المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او
ابرا عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه وطولب بالفرق بينهما وبينما اذا ساوم الشفيع المشفوعة
من المشترى او استاجرها منه فان علم بالشرى سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة
لم يوضعا للتسليم وانما يسقط بها لدلالتها على رضى الشفيع والرضى بدون العلم غير متحقق بخلاف
التسليم الصريح والابرا ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم
يعلم واجيب بان بيعا ما يشفع به شرط الى وقت القضا بالشفعة وانتفا الشرط يستلزم انتفاء
المشروط وكان كالموضوع له فى قوة الدلالة وان كان الثانى لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع
الزوال فيبقى الاتصال **قال** ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له
ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب اذا باع المضارب
دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى او وكيل المشترى اذا اشترى له
كالموكل بالشرا فله الشفعة لما ذكر فى الكتاب ان الاول يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع
والثانى ليس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشرا فكونه رغبة فى المشفوعة والشفعة انما تبطل
بالرغبة عنها وكذلك لو ضمن الوكيل البايع او ضمن المشترى الدرك رجل عن البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة
سعيا فى نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى وان بلغ الشفيع انها بيعت
بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل
وهو على شفعته اما فى الاول فلانه انما سلم استكثارا للثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل التسليم
قال فى النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن الفا اراد انه تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتفا شرطه
وفيه نظر لانه يخالف ما اذا ظهر اكثر من الالف فانه يستكثر الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان
التسليم صحيحا واما فى الثانى فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به اذ
الجنس مختلف قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل
ما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم
اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى وكذا كل مكيل او موزون
او عددى متقارب لكونه فى معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان

الواجب فيه القيمة وهى دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك وبي صح
التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف
الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد فى حق المقصود وهو الثمنية وتيسر
احدهما بالاخر متيسر عادة واذا قيل للشفيع ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره
فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضى بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد فى الجامع
لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا
ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة
اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده وهذا كما
ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاط بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى
وقوله فى ظاهر الرواية احتراز عما روى عن ابى يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن
النصف دون الجميع وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع والله
اعلم **فصل** لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم مالها لاتصال فى هذا الفصل
لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص
من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله لان المشترى فى الثانى شريك لانه حين اشترى
الباقى كان شريكا بشرا الجزء الاول لا تبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه
ليملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع
فى الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء
من قوله وهذا اوجه يعنى انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البايع على تقدير ان
يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اى برجوع
مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه ان يباع تقريره انه اراد
ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة ويقبض
بالباقى عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان ياخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب فى الشفعة
ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه
اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى
للمشترى على البايع ثم تصادقا انه لم يكن دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا تكره الحيلة اعلم ان
الحيلة فى هذا الباب اما ان يكون للدفع بعد الوجوب او للرفع فالاول مثل ان يقول المشترى للشفيع
انا اوليك فلا حاجة لك فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى
مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابى يوسف مكروه عند محمد وهو الذى ذكره فى
الكتاب وهذا القايل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع
وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكوة **مسايل متفرقة** ذكر مسايل متفرقة
فى اخر الكتاب كما هو المعهود فى ذلك لم يذكر محمد فى الجامع الصغير من مسايل الشفعة الا هذه

والفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اى بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر
هى زيادة ضرر التشقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة
شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق فى
هذا اى فى جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشترين بين ما اذا كان قبل قبض المشترى الدار
وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدورى قال روى عنهم ان المشترى اذا كان اثنين
لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهم قبل القبض لان التملك حينئذ يقع على المشترى وقد
اخذ منه جميع ملكه وقوله يمكن له اى للشفيع ان ياخذ نصيب احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن
وليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد
على البائع وقوله لان العبرة فى هذا التفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الثمن
فيما اذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة
كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا البيع حيث
اشترى كذلك واما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم فى كتاب البيوع ومن اشترى نصف
دار غير مقسومة فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى او تركه وليس له ان
ينقض القسمة بان يقول للمشترى ادفع الى البائع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة بالقسمة والشفيع
لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فلا
ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى
الشريك الذى لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فان لم يجر بين
المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك وكان مبادلة
وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب فى الكتاب اى فى
الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى يدل على ان الشفيع ياخذ
النصف الذى صار للمشترى فى اى جانب كان وهو رواية ابى يوسف والباقى ظاهر قال وتسليم
الاب والوصى الشفعة قد ذكرنا ان الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم
فى سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقام شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه
ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته
اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابى حنيفة وابى يوسف
وقال محمد وزفر على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
فى رواية كتاب الوكالة لكن عند ابى حنيفة اذا كان فى مجلس القاضى لان الوكيل بطلبها قائم مقام
الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى وعند ابى يوسف فيه وفى غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا
وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روى ان محمدا مع ابى حنيفة
فى جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابى يوسف لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان

ابطالم كذبته وفى بعض النسخ كذبيه بالتوقف والاول يناسب ما قرن به وهو قوله وقود
والثانى يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب
له ولانه شرع لدفع الضرر وفى ابطاله اضرار به ولابى حنيفة وابى يوسف انه فى معنى التجارة
لانه تمليك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذها الولى بالشفعة ثم باعها من الاجنبى جاز فكذا
اذا اسلمها الى بائع ولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وضعه بقوله لا ترى
وهو واضح وقوله ولانه دائر دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر فى
هذا قد يكون فى تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض
فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل
قيمتها والغبن اليسير عن المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم
بالاجماع يعنى من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح
لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى فيكون الصبى على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل
من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند ابى حنيفة لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند
محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمهما اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل
بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابى حنيفة رضى الله عنه بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها
عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة فى مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم
وهذا لان تصرفهما فى ماله انما يكون بالتى هى احسن وليس تركها هاهنا كذلك ولهذا المعنى
ايضا خص ابا يوسف لعدم تقوله ولا رواية عن ابى يوسف لانه كان مع ابى حنيفة رحمهما الله
فى صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله اعلم بالصواب

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كل واحد منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا
اراد الافتراق مع بقاء ملكه يطلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة
لان بقاء ما كان على ما كان اصل وهى فى اللغة اسم الاقتسام كالقدوة للاقتداء وفى الشريعة
جمع النصيب الشائع فى مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على
الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن
فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات وشرطها ان لا تفوت منفعته
بالقسمة ولهذا لا تقسم الحائط والحمام ونحوهما وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان
النبى صلى الله عليه وسلم باشرها فى الغنائم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير
نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت فى ذوات الامثال او فى غيرها لان ما
يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقى من حقه
فى نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو ان يقبض
بعين حقه والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لكل واحد اخذ
احدهما من نصيبه مثل ما نزل عليه بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين الا ترى

ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الاقراض تبرعا
اظهر لا معاوضة ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه
جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس عين حقه بل نزل
على صاحبه ببقيته فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو
الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت
من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء
والديون تقضى بامثالها فيصار ما يؤديه بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز
فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع
بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه
على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لم يجبر القاضي
الآبي على قسمتها لتعذر المبادلة باعتبار تحقق التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليه جاز
لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة مشروط بالنص **قال**
وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما • كلام واضح الا ما نبه عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن
التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان
يقسم بنفسه وياخذ على ذلك من المتقاسمين اجر المثل والاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة
ليست قضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي
على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي
لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست قضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها ليست بقضاء
جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا ياخذ وقوله عدلا امينا ذكر
العدالة بعد الامانة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله ولو اصطلحوا
فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في
القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشتركة يعني اذا استاجروا الكيال ليكيل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة
على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت تفسيره
ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك
بارباب الملك استحق كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة التمييز وقد
يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة
بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل احسن ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب

الكثير

الكثير لكسور وقعت فيه فيعتبر باعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز وقوله وحفر
البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن للقسمة بان استاجروا ليكيلوا
او يوزنوا واما ان كان محله لتصحيح الكيل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو
اطلق ولا ينفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل
للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لنصاب صاحب الكثير اكثر فكان اصعب
والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم قوله ولا ينفصل تاكيد وبيان وقوله وعنه
اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا
حضر الشركاء • واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا القسمة فاما ان يكون عقارا
او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال
اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة
وقالا يقسم باعترافهم وان كان الثاني قسم بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسم بينهم على ما يذكر
وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسم في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة انما
ان يكون لشبهة في الملك او للتهمة في دعواه ولا منازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان
اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسم بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا
فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة ان في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون
حكما متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه
حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا اوصى بجارية
لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة
فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا
بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة
وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان
يجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا
يصلح خصما للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لجواز
اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه انما تقضى عليهما بالبينة
بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق
غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج
الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا
بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما
قوله لان في القسمة نظرا الى آخره والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة
ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه محصن

مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد
روي عن ابي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم وسوى بين الشرا والميراث ووجه
الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء
على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف هذه
يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة وافاد لفظ الجامع الصغير انه
يقبل انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون
مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا
قول ابي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل
قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ
والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك
ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز **قال** وان حضر وارثان واقاما البينة • وان حضر
وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي
بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع
سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة
وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم واجيب بانه
اطلق الجميع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملتبس وكذا لو كان مكان الغائب
صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي لظهور نصيبهما ما في
يد الغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة كما
اذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين
لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرا وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله وصي
مقصودا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت
يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البايع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين
اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه وقوله كما اطلق
في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط
وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى يقوم البينة على
اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده
وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح
مخاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثم خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما
عنهما فما ثم من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي واضح
والله اعلم **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** لما تنوعت مسايل القسمة الى ما يقسم وما لا

يقسم

بينها **قال** واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه • اذا طلب احد الشركاء القسمة
فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم القاضي بطلب بعضهم
جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به قوله اذا كانت من
جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد والمبادلة فيما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ فان كان الثاني فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص
على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب الكثير ووجهه ظاهر وذكر
الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول
الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الاخر والاصح هو المذكور في الكتاب
ابو القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم
طلب الانتفاع من القاضي وايصاله الى المنفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل وان كان
الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا لا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة
لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما
لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من
صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف
لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم
الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة
وسبيلها التراضي دون جبر القاضي قوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا
يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسم مجموعها بان يجعل نصيب احد الورثة
في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون
منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت
المتخذة من صفر لحقت مختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن
او الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد
الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيما تكون جزءا
فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسم بينهما ولا ثوبين اذا اختلفت
قيمتهما لما بيناه يعني مما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون المعاوضة
لان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن شركة فيرد عليها
القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد
مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الاخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا
والاخر ثوبين وكذا اذا استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبا وثلثة
ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض

دون البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم
الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما تم معاوضة يحتاج الى التراضي وقال ابو حنيفة
لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع
الرقيق شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا
على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا
ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم للشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع
والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا
او اناثا فانه يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على
القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة ان التفاوت في الادمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة
ومنهم للفروسية وغير ذلك فمتى جمع نصيب كل منهم واحد في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك
قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى
من بني ادم جنسان ومن سائر الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق
المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسم ثمنها وهنا يتعلق
بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن
في القسمة كذلك اجيب بان القسمة يحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه
فانه لا يحتاج الى التحويل واما الجواهر الخ فواضح **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى
الاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد
القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا
يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن ان اقتسما
لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان
كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كانت دور مشتركة ههنا ثلثة فصول
الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة بالتراضي
والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا
بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في اقصاها
وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن
التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها
بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان واحد ولشبهها
بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي
الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع
قوله وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا الى آخره واضح الا ما ذكر انه خص الحانوت

بالذكر

بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي وقوله لان اجارة
منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح
وقوله او تبتني حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني لما كانت
منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربوا هنالك على شبهة
المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه
هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا انفرد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه
نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة
المجانسة كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال
شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون المجانسة الشبهة الثانية
بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف
الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا تجوز القسمة الواحدة لاتحاد الاتحاد في المنفعة وهي
السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربوا **فصل في كيفية القسمة** لما فرغ من
بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتستدعي سبق
اصل القسمة الذي هو الموصوف **قال** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه الخ شرع
القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه ان يكتب على كاغذ ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا
ليمكنه حفظه ان اراد دفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله
يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف
قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة اذ البناء يقسم على حدة وربما يقع في نصيب احدهم
شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع
التنازع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان يفرغ
السهام ويكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله الاول الخ قال الامام حميد الدين صورته
ارض بين جماعة لاحدهم سدسها ولآخر ثلثها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم
الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج
اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث
فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه قوله
في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه
الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب
ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه متعلق بما يستعمل
فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت
هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء

ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز لان زكريا عليه الصلاة والسلام حين استعمل
القرعة مع الاحبار في ضم مريم المتقدم مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده كان تطييبا
لقلوبهم قال ولا يدخل في القسمة الدراهم • جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته
وفي احد الجانبين فضل فاراد بعضهم ان يكون عوض الفضل دراهم والاخر لم يرض بذلك لم يدخل
الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت
التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يحصل له
وليس بين ما يصل اليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة وهذا
مذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء فان الحاكم يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار
المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة قال ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات
ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل
الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج
ومحمد ان الحاكم يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فيقسم البناء فحينئذ يرد الفضل
دراهم لان الضرورة تحققت في هذا المقدار فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل
لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا
في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين وجعل
مسيل الماء في نصيب لاحدهما او طريقا فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان امكن فليس
له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق
معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر فانه لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر
بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت
فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل
الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها
مختلفة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فيستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا
ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود
منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة
فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك يقطع
التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتعتبر وان في القسمة تكميلا او افرازا
والحقوق باعتبار النظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لانه حقوقها
بينا في الاقرار فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان
بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا
بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم في القسمة

فقال

فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل يقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي فيه فان
كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز
بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل
المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال
بعضهم يجعل سعة الطريق اكثر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم
غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعل اعرض من ذلك
وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هو ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا في
نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان
بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم
فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم اراضي فيرفع
من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للمزارعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران
معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى لكن في
النهاية وبقيته طالعه واضحة قال ... بحاله وانما كان سفل لا علو له صورة المسألة
ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل
مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة
وانما قيدنا بذلك لئلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح
عند ابي حنيفة واذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو
يوسف يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم
بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الآخر
ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب
والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع
فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف
المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو
او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره
اجاب ابو حنيفة على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بنى على ما
شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد
من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه
معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل

واحدهما ان يجعل ما لا يضر بالاخر على اصله والثاني ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالنسبة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا نفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة
الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت
الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة
مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من السفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين
من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون
وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من
السفل الكامل بمقابلة مثله في السفل المجرد ستة وستون وثلثان من العلو الكامل في مقابلة
ثلاث وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ظاهر
على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وكان
القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول
محمد كقولهما وقوله وهذا لان القسمة لا يصلح مشهودا به على انه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل
القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض
الشركاء ان يابى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اوردهما
والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة
فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكم البينة
على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احدهما الغلط في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في
يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها قضي له
دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء
النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب
ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني ولا تقام
البينة للتناقض لانه اذا اشهد على نفسه انه اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق
بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله والى هذا اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه
الاشارة هو ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب لذلك سوى كون التناقض
مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت
حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو
منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون بغبن يسير او فاحش لا يدخل تحت تقويم المقومين

فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان
الاحتراز عن مثله عسير جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان
الرضا بينهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد
وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة
في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض
بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي وكان غيره يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في
القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة تكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش
فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان ياخذ بالقول الاول
وهو مختار المصنف وبعض المشايخ كانوا ياخذون بالقول الثاني قوله ولو اقتسما دارا هو عين
مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله كما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك
الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود قيل صورته دار
اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الاخر جانب
وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده و
اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه بيانا بمعنى قوله لانه خارج وبينة الخارج
تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين
الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما هنا ثلثة اوجه استحقاق بعض معين في احد
النصيبين او فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في
احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي
الثالث لم تفسخ عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء
رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف يفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة
على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار
والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث
المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض
القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل
المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصيب كل من الشريكين اربعمائة وخمسين
درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الالف ومائتين قال المصنف ذكر الاختلاف يعني في
استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع
من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه
المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع
غير مرة واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا
بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه
وحينئذ يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لا يقال ان استحقاق بعض شايع يوجب شريكا
ثالثا لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه
اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام
معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه لو جاز
الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين فانه باستحقاق بعض معين يبقى الافراز
فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة
وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب
الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين
والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم
والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم
الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبه من المقدم وربع المؤخر وانما جاز ابتداء كان انتهاء بالطريق
الاولى وصار كاستحقاق بيت معين وعدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين
فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هاهنا فلا ضرر بالمستحق
وصورة المسألة يعني مسألة الكتاب لا المستشهد بها وقد قررناه دفعا لهذا اللبس قوله
ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع
بنصف ما في يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة
لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند ابي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده
فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض
البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود
المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ
البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عينه لمكان البيع فيضمن نصيب صاحبه

قال رحمه الله ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط
ولم يبرئ الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى
لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين
غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم
لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم
جازت القسمة اي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال

ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما
فان القسمة تنتقض ان لم يرض الوارث او الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا
برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح
لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام
على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف
منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص ينافيه ولقائل ان يقول ان لم تكن دعوى باطلة
لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض
ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي
المهاياة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واطال ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام في
باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان
يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة
للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها او ان
الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة
عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل
واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا
القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر
الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى
غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى في استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى لو طلب احد
الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهم القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت
لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا
في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في
المتن والتهايؤ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها افراز
واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت
شايعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك
المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة
ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع
على ملكه جاز ان يستغلها وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي
وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون اثباتا للكلام لنفي قول من يقول انهما

اذا تهايئا ولم يشترطا الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغلها اصابة ولو تهايئا
في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة
قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم يذكر ان هذا افراز او
مبادلة لانه عطف على صورة الافراز فكان جعلها فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة
متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في البناء والارض يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى
لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر عليها
وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد
لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النسا والاول اصح لان العارية ليس فيها
عوض وهنا بعوض وربوا النسا ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما
هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد
يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع
معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا
قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايئ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا فان
يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبها في مؤخرها والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار
شهرا وصاحبه شهرا اخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما حقا فلا ترجيح لاحدهما اذ
التهايئ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الاخر وفي
الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم
فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايئا في العبدين
وقوله وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني
روى الخصاف عنه مثل قال بعض المشايخ قول والاصح انه يقسم عنده قال الكرخي معنى
قول ابي حنيفة ان الدور لا تقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة
في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
اوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله ولو تهايئا فيهما واضح قوله ووجه الفرق يعني
من جواز التهايئ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة قوله
فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني
لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله فظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في
الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين
لا تجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الحاضرة وقوله اعتبارا
بالتهايئ في المنافع يعني في الاستخدام لما ذكرنا في الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان
الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما حيا

ومدة ولياقة فيحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يحصل عليه الاخر ثم التهايئ في استغلال العبد
الواحد لا يجوز بالاتفاق وفي استغلال العبدين او الدابتين لا يجوز وعندهما يجوز بان معنى الافراز والتمييز
راجح في غلة العبيد لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان
كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت قد يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا
من ان الاحوال للمنافع في الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايئ في الخدمة جوز ضرورة جواب
عن قولهما اعتبارا بالتهايئ في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكر بعد هذا ان المنافع
لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلان على طريق
الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز التهايئ في المنافع بقوله قبيل
لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بالضرورة لتعذر القسمة وفي ذلك توارد
علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة
هذا الدليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة
وقوله ولان الظاهر وجه اخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه
ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الحاضرة وقوله ولو كان نخلا او شجرا
الخ واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من
انواع ما تقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف معناها لغة وشرعية فاغنانا
عن ذكره وسببها سبب المعاملات وشرعيتها مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالربع والثلث
باطلة وانما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة
كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف
ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس قوله لانه لان هناك للعمل في تحصيلها
يعني لانه نتيجة فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف الى البقاء اذا كان مضافا اليه لا بفعله
الذي هو العامل فلم تتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة
قيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فانه لا
نفع به ذكر المدة وذلك مرضها بعمل الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر
مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة
او اقل منه او اكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه
وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهو ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن
والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه عليه السلام ملكها غنيمة فكان ما تركه في ايديهم فضلا ولم
يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يجوز الا ببيان مدة معلومة وهو
خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس
على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى الفرع بعد تغييره وههنا
ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة قوله

وإذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل
وفيما إذا كان من قبل رب الأرض وقوله لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع
له وإن كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله
فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الآمر
وقوله كما فصلنا إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الحاضر وقوله
إلا أن الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو
بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما
إلى مثلها غالبا لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت وقوله لأنه إلى لأن عقد
المزارعة عقد على منافع الأرض يعني إذا كان البذر من قبل العامل ومنافع العامل يعني إذا كان البذر
من قبل رب الأرض والمدة هي المعيار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو المعقود
عليه منافع الأرض إن كان البذر من قبل العامل ومنافع العامل إن كان البذر من قبل رب الأرض
ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك
بالإعلام وقوله مما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة
في الخارج تبقى إجارة محضة والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم وقوله بيان جنس
البذر وجب القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج
من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لأنه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير وفي
الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد
أن ينص على المزارعة فإنه مفوض إليه قال رحمه الله وهي عندهما على أربعة أوجه
قيام المزارعة بأربعة أشياء الأرض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما
أو لا لا سبيل إلى الأول لأن المزارعة شركة في الانتهاء وإذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم تتصور
الشركة فتعين الثاني وهو إما أن يكون بينهما بالتنصيف أو بإثبات الأكثر والأول على وجهين على ما هو
المذكور في المختصر أي يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في
الكتاب وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على
وجهين أحدهما أن يكون الأرض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لواحد
والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة إلا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وما صح
والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز
هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة وانعقادها إجارة إنما هو على
منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج
والقياس يقتضي أن لا تجوز في الأرض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وإنما
ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس فإنهم تعاملوا
اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للأرض ببعض الخارج وأما في العامل فبتعامل

رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب
الأرض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما
على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض
الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيهما استئجار الأرض
أو العامل بذلك لكونه بمورد الأثر وكل ما كان من صور الفساد فهو من قبيل استئجار الأرض أو غيره
أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة
التجانس أن ما يصدر عنه وهو آلة ما يصدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر
عن غيرها فهو جنس آخر وإذا عرف هذا فإن علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فأما
الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس
والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار بجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض
استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على
ظاهر الرواية فباطل لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر
على المتجانسين فإن الأشرف والأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع ووجه غير ظاهر
الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليها يجوز فكذا إذا شرط البقر وحده
وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعه للتجانس
وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم يستتبعه وكذا
في جانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان
باطلا ولقائل أن يقول استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الأخرى فكان أرجح ويلزم
الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل
به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بجعل الله تعالى لا مدخل له في الدليل وإنما ذكره لأنه لما أضاف
منفعة الأرض المتعرفة فطبعها توهم أنه ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان
آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف وجه ذلك وبقي علينا إشكال وهو
أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجر أرضه وأجيب بأن منفعة العامل
ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما ولذلك إذا لم تخرج الأرض
شيئا لأن عمل العامل بأمره بإلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر المثل في الوجهين وثمة وجه
آخر لم يذكره أيضا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر
والأرض من آخر قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد
أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل
لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله بصاحب
البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على صاحبه مقصودا به وفيها الخارج
لصاحب البذر لأنه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستحق

اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان
لكونه معلوما من اجر العامل قال رحمه الله ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية
مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع
الارض المالك والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط
لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز
فاذا انتفى فسدت قوله وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة
مان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء
من الخارج مشاعا كالثلث او الربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع
الماذيانة وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه
الارض والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف
فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف
عند الاشتباه واجب قوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا
بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم ينص
فيه الشركة وكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا
عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كان نصا بما هو موجب
العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب
البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا
يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قوله واذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض
شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب
فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في
الخارج ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله
وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل عن استاجر دابة
بعينها فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فان على المستاجر اجر المثل فلم لا يكون هذا مثله لان
المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر هاهنا هلك بعد التسليم
لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين
اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء اخر فكذا هاهنا وان كانت فاسدة فلا فرق
بين ان تخرج الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تتصف بعدم
الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولاستحقاق الاجر منه بالتسمية
وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي
بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه

بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف وقد مرت في الاجارات قال صاحب
النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في
كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة
ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل
وهنا يجاوز ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى
هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل
بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر هاهنا وقال
محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في
جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل
الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان
البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط
له من الخارج او لا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على
العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة يجوز ايراد عقد الاجارة عليه
والمزارعة في اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليها فاسدة ويجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن
تاويل بعض اصحابنا القول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر
ان المراد به انه يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد
العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه
قوله واذا استحق رب الارض الى اخره وايضاحه انه محتاج الى الفارق بين خبث تمكن في منفعة
الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام
المصنف اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج
اليهما على ما جرت به العادة احتياطا بالغا فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل
العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا
هبت الريح والقت البذر في الارض وامطرت السماء وكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك
قال رحمه الله واذا عقدت المزارعة فهذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غير
وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما
فسخها الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو
من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو
استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم
على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو
قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة كالمرض

للمانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة ولو امتنع
رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المنافع بمجرد
المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوّمه بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب
في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غرّه في الاستعمال واذا مات
احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا في معنى الاجارة وقد مر الوجه في
الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد
الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى الورثة
لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي والى هذا اشار المصنف
بقوله فلو كان دفعها ثلاث سنين الى اخره واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين بعد
الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب
النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت
حتى ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع
ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكر بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق
من قد حصا الامر اي اثقله لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله
فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانها عليها لا بد لصحة الفسخ
من القضاء او الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير
لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم
بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل
في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح اذا كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل
رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض
فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة
عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستاجرا
للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض
باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما
يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء الا ان يقال شرع الفسخ
عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين احداهما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو
ما نحن فيه وقد ظهر حكمه واذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه انه لا تباع الارض
بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير اياه كان اضرارا بالغرماء
لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه

الارض

الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما
اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع
الارض فيه اختلف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان
البذر مستهلك فكان بمنزلة ما قبل النبات وقال بعضهم ليس له ذلك لان البذر ليس بمستهلك
وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولو كان استهلاكا لما ملكا
فكان للمزارع في الارض عين قائمة ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر اذا كان
لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل
في الصورة الثانية **قال** رحمه الله واذا انقضت مدة المزارعة • اذا انقضت مدة
المزارعة والزرع لم يدرك بان بقي الزرع بقلا كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد
الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت
بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفي فيها بتربية نصيبه من الزرع
الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار
عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان
في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء
المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين
والعمل عليهما لما ذكره في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقي الزرع
بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلام فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة
واضاف الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك
الغير بغير امره لانه ليس هو بمضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لانه تمكن من الاستئذان
من القاضي فينتفي الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من
الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك يسكت عنه ويخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة
في الكتاب بالمخالفة قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وهيهنا يتضرر رب
الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض
لصيانة رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف
المزارع فانه يريد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع
لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد
وجود المنهي جائز وقوله والمال على الخيارات الثلث يعني المذكورة الا ان في هذه الصورة
لا يرجع بالنفقة [illegible] اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد [illegible] بينا اشارة الى
قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى اخره **قال** ولذا اجرة الحصاد والرفاع •
قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر حمل الزرع
الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب

انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يوهم اختصاصها بذلك فقال المص وهذا الحكم
ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط
لا تقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة
والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها
وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما
فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحابنا الامالي عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل
اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال
ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد
والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما ليس من اعمالها فالمؤنة
عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز
ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا اي المساقاة
ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك استدامه شركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقبل القسمة
ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء
في القرية والله اعلم بالصواب

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقدم
على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل
خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى
معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة
هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم
الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة في
شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة رضي الله عنه كالمزارعة
الا ان فرعهم وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي المعاملة جائزة
والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في ارض بيضاء تسقى بماء النخل
فيأمره ان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب عنه ان
الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت بمعزل
عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة فهذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع
رطبة قد انتهى جوازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز
لان ما في البذر مما يرغب فيه وحظه لانه يجيء في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت
معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فكانت الشركة
المناصفة فيكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ الثمر
ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها وتنقطع

نابتا

نابتا وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا
لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى
الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها
تثمر ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرطا القيام عليهما حتى
تذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت الذي
بتاويل المدة قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا
تجري فيه وخصص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا
ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان الاثر خصهما لان
اهلها يعاملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لان الاصل في النصوص التعليل لا
سيما على اصله فانه يا بعده او سوح لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وكل وصف قام
دليل التمييز على كونه جامعا يجب الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط
قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم
واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا
عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل ان المساقاة لم تشتمل
على ضرر وكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يتضرر في الحال بالقاء
بذره في الارض فلم يكن لازما من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا وفاء له الا
ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد بالشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون
العامل بعض الخارج وقوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسر اخضر فللعامل
ان يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه واما في القياس فقد انتقضت
المساقاة بينهما وان كان البسر نيئا وروي ان صاحب الارض وبين العامل مخير ان شرط الانتفاع
لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين
والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وهذه خلافة في حق ما هو جواب عما يقال
كان للمورث الخيار وقد علم ان الخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله ولكن لا
لم يخفض فهذا في الاول يعني صورة المسألة سواء ان العامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل
لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره وان اوضح ان الآخر بين الخيارات الثلاثة تخلو المزارعة
فهذا ايضا اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها ولذا كان العمل كله على العامل
هنا كما ذكره في الكتاب وهو واضح قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة
تنفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره وقد بينا وجوه العذر فيها اي
في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما
لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا ينفسخ الا من عذر وهذا لا يحتمل بضرر

وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان
عذرا في فسخ المعاملة اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستعمل
غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل
سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط
الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس
قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو
نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس
وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم
الشجر بقوله على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها
شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة
بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف
في كفاية المنتهى وهو شراء رب الارض نصف الغراس بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف
ارضه ونصف الخارج ولما تعذر جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها
معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف وهذا يعني المذكور في الهداية
اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ
للصباغ فان الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة
بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب
قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة اتلاف
بالقاء الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال
للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله
لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول
اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام
فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه
واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان
المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع
تجويز من حيث تضمن منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه تحملا نظرا الى نفعه
كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم والذكاة الذبح واصل تركيبها التذكية يدل على التمام
ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكاة
شرط حل الذبيحة الذبح شرط حل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت
عليكم الميتة والدم الآية فانه استثنى من الحرمة المذكاة فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول

لصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلته شرطا ولان غير المذكاة ميتة وهي
منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لا لكونها وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز
بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح
ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في الماكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ
عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من
رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب وهي يعني الذكاة
اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهي الجرح في
اي موضع كان من البدن قوله والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال
توقف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت فيه امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطها اي شرط
الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه
يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى
وما اهل لغير الله ومن شرطها ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال وذبيحة المسلم والكتابي
حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور
فلا بد من شرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا
ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا
يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في
صحيحه قال ابن عباس رضي الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعضهم على ذلك بانه لو لم يحمل
على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها
وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل
التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني
تنبيه على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان الذابح
صبيا او مجنونا قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط
بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط
والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الدليلين المذكورين وفيه نظر لان عادته في مثله
لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهو ليس بمذكور في الكتاب والاولى
ان يحمل اشارة الى الآية والى قوله ولانه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله
ذاك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف
وذبيحته لا تجوز وقوله والمرتد والكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله
ولا تؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به من اهل الكتاب
اما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته قال وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند

الذبح اختيارا بان كان او اضطرارا بان عامدا او ناسيا قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز و
قال مالك بشمول العدم وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان
تركها ناسيا اكل استدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى
بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر
النسيان كالطهارة فى باب الصلوة فانها لما كانت شرطا لم يجز صلوة من نسى الطهارة لكنها سقطت
بالعذر حيث قلنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها كما فى الناسى والجواب عن الحديث ما ذكر فى الكتاب
انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدى بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال
بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضى الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان
معهودة فيما اذا كان على الناسى هيئة مذكرة كالاكل فى الصلوة والجماع فى الاحرام وههنا ان لم تكن
هيئة توجب النسيان وهو ما يحصل للذابح عنده من تغير الحال لم تكن هيئة
مذكرة ولما نوع ان يمنع بطلان الثانى ايضا على مذهب مالك وعن التنزل ما ذكر فى الكتاب
يعنى ان اقامة الملة مقام التسمية فى حق الناسى وهو معذور لا يدل فى حق العامد ولا عذر له واما ما
شنع به المصنف بكون ما ذهب اليه الشافعى مخالفا للاجماع فمن ضعف واستدل مالك بظاهر قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهى بابلغ وجه وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن اكل
متروك التسمية وهو باطل قد يقتضى الحرمة من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعى
لانه مذهب ابن عمر رضى الله عنهما والجواب انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة
وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل
اللسان وفى ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله
تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر
حالة الذبح لا غير وصلته يدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان
وذكره بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التاكيد وتاكيد العام
ينفى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا
كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع
باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك فى الصوم لذلك
ومجال الكلام فى الاية واسع وقد قررناه فى الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه بقوله
ما ذكر فى التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله فى متروك التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم فى متروك التسمية ناسيا الى قوله والسنة وهو حديث عدى بن حاتم الطائى فانه صلى
الله عليه وسلم حين سأله عدى عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تاكل فانما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى لكنها فى ذكوة الاختيار

تشترط

تشترط عند الذبح وهى على المذبوح وفى الصيد تشترط عند الارسال والرمى وهى على الالة
لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له فى الاول الذبح وفى الثانى الرمى والارسال وقد فرع
على ذلك فى الكتاب تفريعات وهى واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره المسائل
المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا
اذا كان يعرف النحو وقال الترتاشى ان خفضه لا تحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام
مبتدا وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد انه لا يرى الخطا فى النحو
معتبرا فى باب الصلوة ونحوها لا تحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لا باس
به ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد به التسمية حل بلا خلاف والفرق لابى يوسف بين هذا وبين التكبير
ان المامور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اى قياما صففن ايديهن
وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله
لا يحل فى اصح الروايتين والفرق لابى حنيفة بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة
على المنبر وقال الحمد لله انه يجوز ان تصلى الجمعة بذلك الحمد فى اصح الروايتين عنه بان المامور به
هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق
واللبة وفى الجامع الصغير لا باس بالذبح فى الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ
الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس فى رواية القدورى وذلك لان فى رواية القدورى الذبح
بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلقوم
قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفنى
فى حل ما يلى عقدة الحلقوم مما يلى الصدر ورواية المبسوط ايضا تساعده ولكن صرح فى
ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل ولذلك فى فتاوى اهل سمرقند لانه
ذبح فى غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق
والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ولا عبرة بالعقدة
قال والعروق التى تقطع فى الذكوة ه العروق التى تقطع فى الذكوة اربعة الحلقوم
والمرى والودجان واختلف العلماء فى اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعى الى الاكتفاء
بالحلقوم والمرى وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم
والمرى واحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول ابى حنيفة كما يذكر وذكر القدورى
انه قول محمد ايضا وقال المصنف المشهور فى كتب مشايخنا ان هذا قول الكل خصوصا وذكر
عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن الحسن واما ابو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلث
ايها كانت وهى ثلاثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل فى ذلك قوله صلى الله
عليه وسلم افر الاوداج بما شئت والفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد ثم كونه
لكسر الهمزة للسلب ولهذا قال بعضهم لورود الامر بفريها احتج الشافعى بان جميع الاوداج

وما غير الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم
والمرئ لان الحيوة لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج
لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو
انما يحصل بمجراه واحتج مالك بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله
ثلثة فيتناول المرئ والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت
قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجيء واحتج ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار
الدم فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم واما الحلقوم فيخالف المرئ فان المرئ
مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا
بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجيء واحتج محمد بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله
عن غيره ولورود الامر بفريه فالاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة
وهو اقرب كما تريه واحتج ابو حنيفة بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث
قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحي
اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام وحصل بهذا جواب
ابي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب خلاف
مالك لا يقال الاوداج جمع دخل عليها الالف واللام وليس ثم معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله
تعالى لا تحل لك النساء لان ما تحت الجنس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون مجازا
وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين
لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف
حكم الاكثر فكأنه لم يقطع شيئا وربما لوح المصنف بقوله احتياطا لجانب الحرمة **قال**
ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اي الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوع جائز مكروه واكل
الذبيح بها لا بأس به وقال الشافعي هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول المنزوع
والقائم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكوة كما في القائم
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي
الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فانه يدل على ذلك وهو قوله عليه
السلام فانها مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان وبها يكون بالخدش او العض
وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول
وتوجيهه انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما الة جارحة
يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه
ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى
المعقول لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تميتها مرتين

قيل

قيل انما يكره ذلك لان اعلم المقصود بالذبح ان التحديد للذبح وليس كذلك لان المذبوح لا
عقل له وهو متوقف سوء ادب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل
يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه
فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو
خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام و
اعصاب وعروق هي شرايين واوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف الاصل الجامع
فائدة معنى الكراهة وهو كل ما كان فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة **قال**
وما استأنس من الصيد قد مر ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا تصير الى
الاول قبل العجز عن الثاني وهذا تخريج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان
ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل الاكل بذكوة الاضطرار في
الوحشي يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم الندرة
ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب يريد بها القلادة وكلامه واضح
والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول
وفي غيره الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره اي في غير الذبح
وهو ترك السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه
لم يعد الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روى ذكوة امه بالرفع والنصب
فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول
عرف ذلك في علم البيان وقيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكوة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها
وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق **فصل** ذكر هذا الفصل
عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تتقدم عليه في الذكر وكلامه واضح
وانما ذكر اوصاف السبع ليبنى على ذلك قوله كيلا يتعدى شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم
والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع
البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب ما يختطف بمخلبه من الهوا كالبازي والعقاب
ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب
لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما
فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايؤكل
لحمه فقال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة اجيب
بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر رضي الله عنه وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله
تعالى ويحرم عليهم الخبائث واليربوع دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر
في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود
فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا

لجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة
والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي ح مكروه عند ابي يوسف قوله وكذا الغداف
وهو غراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة
وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاجة والعقعق فلا بأس بأكله عند ابي حنيفة وهو
الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد
به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله وهو حجة على الشافعي يعني نهي النبي عليه الصلاة
والسلام والتي لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث
ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدم لاكله
ابو بكر رضي الله عنه اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على ان المبيح
مأول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته
ونقل ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله
تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدل لاحل اكل الوحشي وهو
ضعيف اما الاية فلجواز ان يكون قبل حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها ولان الحديث
فلانه مأول بأكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص
الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال ويكره لحم الفرس عند ابي ح كلام واضح
وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل
عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك اعلى النعم والذهاب الى
ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه
روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومنهم من قال
المشايخ في قول ابي حنيفة على اطلاق اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في
لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على
التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل
من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد منه السمك الطافي فهو الذي يموت في الماء حتف
انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والماهي كذلك وقوله والحجة عليه
يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى اخره وقوله وتنسحب عليه فروع كثيرة
في كفاية المنتهى منها انه لو وجد في بطن السمكة سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها
وكذلك اذا قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك
ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لا بأس
وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في

الشبكة

في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكلت شيئا القاه في الماء لتأكل فماتت منه وذلك
معلوم فلا بأس باكلها وهي في معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل
وقوله وفي موته بالحر والبرد روايتان احديهما انها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو
القاه الماء على اليبس والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان ليستا
من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام
انه على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يحل وعلى قول محمد يحل والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص
والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية
اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت
الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة
وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعها اضحى كارطاة
وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت
مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر
لان السبب ما يضاف اليه الحكم ويتعلق به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون
سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تتكرر بتكرر الوقت
وهو ظاهر وقد اضيفت الى الوقت بالحكم يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد
ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم
الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط
الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية
في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا
يسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج
حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال الادنى ما يتمكن به المرء
من اقامتها ملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة
الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة
مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فليشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك
لوجب التمليك وليس كذلك لان القربة المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والتضحية
تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق فقد حصل
الاول واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى
في العقبى قال الاضحية واجبة كلام واضح والجامع اسم كتاب في الفقه صنفه
ابو يوسف وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما
يختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة في ادائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب

يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق
بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي اجيب بانه
محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام وقد يجب المقاتلة بتركه
فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي
الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب
هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب
ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا يفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الوجوب يفضي اليه لاستحقاق
العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء اختص باسباب اي بشرائط يشق على المسافر استحضارها
وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي
ذلك مشقة والسفر يوثر في التخفيف الا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء لانه
لا يبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهي اقوى حرجا
من زيادة ثمن الماء وقوله والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام
من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة
كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا به
وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر
في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي
منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم يكتب عليكم وقوله عليه السلام
ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة
ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوب هو الفرض ونحن نقول بانها غير فرض
وانما هي واجبة وعن الثاني بانه متروك الالتزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها
سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان
في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية
بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق
على المسافر استحضارها وقوله لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله
سنبين مقداره اي مقدار الوقت وقوله ولا يجب عن ولده سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال
وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب عليه وقوله والاصح انه يضحي
من ماله اي من مال الصغير ويأكل الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع
بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد
وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية ينتفع بعينه واما في لحمها فليس له الا ان يطعم او يأكل قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز

كما اذا

كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل
من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احتراز عن قول بعض
المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب وبه اخذ الفقيه
ابو الليث والصدر الشهيد وقوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون
مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس
وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس
وقوله وقد يمكن بعين دفع الحرج لان ما لا يشترى للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية
ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به باس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمتنع عن
بيعها الى اخره وقوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد
الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما
بعده وقوله ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة
ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله
اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار
جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب
وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو
الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا قال
وهي جائزة في ثلثة ايام كلامه واضح وقوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد
بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة
ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب
وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا تجوز في ليلة النحر البتة
لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي
تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من
التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي
ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب او السنة على التطوع
واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت
بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير
وتشبيهه بالصلوة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لغربته افضل من صلوة
التطوع التي لا تفوت بتخلف في المكي فان الصلاة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام
النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب
فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان

فهو اميرك وقوله والدالية والسانية نظير الرحى فالدالية جذع طويل مركب تركيب مداق
الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع
ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع
وكل ذلك يحدثه من يحدثه في ملك مشترك فلا يملكه الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم
واذا كانت القسمة بالكوة ثقبا لبيت والجمع كوى بالكسر وكوى مقصور ويستعار
لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان ينزع الكوة
اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع مثلا من فم النهر وهذا بالاتفاق
اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر
فاراد ان يوخرها عن ضفته فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى
قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض
وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له فيه حق في الشرب
ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان
ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى الدار الاخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب
مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي
ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى
لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة ويتغير بذلك
السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشرب [illegible]
جعلها تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته باطل واذا كانت عارية كان للمعير
ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء
الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز
ذلك الا يرى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت
الميراث وقوله بعينها احترازا عن الانتفاع بثمن الشرب كما نذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض
لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع
صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن
عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف
فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك
الانتقال للعموم من ان العلماء اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم
يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع
الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ
حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك
واختار المصنف ما ذكره في الكتاب وقوله او محرزها قال في الصحاح محرزة الارض ما رسلت

الماء

الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون
اذا سقى ارضه سقيا يحتمل مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه
بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل

كتاب الأشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لكتاب
الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك
معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال الخمر حلت للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان
السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع
في المحظور ونحن متشبهون بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود
اجيب بان الشهادة بالخيرية تمكنت اذ ذاك واما التدريج فلضارية المعتاد لئلا ينفر
من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل
الشرع لما فيه من بيان حكمها قال رحمه الله الاشربة المحرمة اربعة المحرمة اربعة الخمر
وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد وصلاحيته للاسكار وكان من
رافع وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به ما لكا وان فهو وقوله فيما ذكرنا اشارة
الى التي من ماء العنب وقوله في غيره اي واشتهر في غير النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا
غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني
ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء
من ماء العنب خمرا قطعي بالاطلاق فيثبت به بخلاف غيره فان فيها اختلافا بين العلماء وادنى
درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الخمر قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي
يعني غير النيء خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جوابا عن قولهم سمي خمرا
لمخامرة العقل وان سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب
لجواز ان يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا و
كالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار ونظائره
كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين انه قال
الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لا
نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر
وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى
بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين يريد به الحكم يعني
اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب
الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل لا يوخذ في حرمة الشرب
بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يوخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا
انما كان حرمة عينها كفر من انكر وان كان قائلا بحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب يعني قوله

تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالة على
ذلك في الاشراق شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثمة قوله وقد جاءت السنة
متواترة معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل
واحد منها وان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي وجود حاتم و
يسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وهذا من خواص الخمر يعني دعاء القليل الى الكثير قال في
المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر
فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني
ما روي عن ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما
كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يكفر
متناولها لا يدل على اباحة التناول فيها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض
صحيح بان كانت عند شرب خبيث على الشرب واما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه [illegible]
وقوله والشافعي حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار
في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم
باحدى معان ثلاث الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد انه اذا اشتد
بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال بعضهم لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر
لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا
على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال
الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب
فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع
من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النيء من ماء التمر اي الرطب لما فسر الخمر بالنيء
لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما يجيء
وقوله فهو حرام مكروه اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل
الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل يعني قوله صلى الله عليه
وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والاية محمولة على الابتداء
اذا كانت الاشربة مباحة كلها وهي مكية وحرمة الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالاية
الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد بالتوبيخ معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا وتدعون
وتدعون رزقا حسنا وقوله وقد بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ
مطرب بالحاجة وقوله غير ان عنده يعني عند ابي حنيفة يجب قيمتها لا مثلها كما اذا اتلف المسلم
خمر الذمي معللا بان عين المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وقد ورد رواية الجامع الصغير وهو
قوله وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء

وهو

وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله
وقال فيه يعني في الجامع الصغير وقال ولا باس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب
اذا خلطا فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والعجوة التمر الذي
يغيب فيها الضرس لجودته وهو قول محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي
عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في الطعام
لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالاخر على جاره ثم لما
وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل الاصح هو قول الفقيه ابي جعفر
وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لانه قليله يدعو الى كثيره وقيل ويجوز ان يكون
اشارة الى معنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة
ليست متخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النايم ومن ذهب عقله بالبنج
ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وعن محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف
مذكور في النوادر ولنا اي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما اي
لابي حنيفة وابي يوسف وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا لا ما
قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا
اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى
وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز
وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله انما يحرم القليل منه اي من الخمر
جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم
وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون
حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكنا تركناه لان
الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي حكم القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك
لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر
ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير
وقوله والذي يصب عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ما لم يذكر اسمه لاختلاف وقع
فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي وبعضهم لان ابا يوسف كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من
سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما
بعدما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المصنف وقوله او يذهب منهما
يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا يحل شربه كما يحل
شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء ولكن لما لم يتيقن
بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب
الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون

الذاهب ثلثيها العنب اذا على القطع والثبات وقوله يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة
هي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن ابن ابي مالك عن
ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكرناه
في الكتاب قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء ... جوز اكثر اهل العلم الانتباذ
في الدباء وهو القرع والحنتم وهي جرار خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة
حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله
صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر
امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوا فوق ثلثة ايام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا
فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فانتبذوا
في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكنما ينتبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما
ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة
تشتد في هذه الظروف اكثر ما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب
المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني نقل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت
وقال الشافعي ان كان التخلل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان
بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الغرر ما القي في الخمر يتنجس اولا فان الخمر
والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك وهو دليله على احد
الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل
لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي وكسر الشهوة
وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع
مكابر وقوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح
مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل النقض
اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فكذا بالتخليل والجامع بينهما ازالة الفساد حالا
في الحال وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنعون بقوله صلى الله عليه وسلم ولكن
ارقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه عليه السلام نهى ان يتخذ
الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك كان في ابتداء التحريم قطعا لهم ان يعودوا حول الخمور كما حرم الانتباذ
في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظروف لا تحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان
وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي
فان المراد بالاستعمال وكما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله
قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام اليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم
قال نعم فقال هو ذاك ففسر الاتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها مما يبقى في اسفله ومعناه

يحل

يحل شربه دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تاثيرا في تحسين الشعر
وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي
الا ان يسكر خلافا للشافعي قال لو شرب جزءا من الخمر فيجب الحد ولنا ما ذكره وهو واضح والله اعلم

فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التغير الحقه بالاشربة
تعليما للابقاء على حاله الدورق مكيال للشراب وهو عجمي قوله وان كانا يذهبان معا فعلى
الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان محمد علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه
الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا فنقل الجواب فيه بتفصيل
وما حصل ان الماء سيما كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان
معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله
يطبخ حتى يبقى الى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل الكل عشرة من الماء
والعصير على ثلاثة اسهم لانه يحتاج الى ان يجعل عشرة دوارق عصير على ثلاث [illegible]
الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء
اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كأنه لم يكن لانه ماء فبقي العصير لا غير
وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية
وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ
حتى يذهب عشره ويبقى عشره لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي
ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما صب الماء في العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله
على لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلاثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه
النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان
الذي بقي من الحرارة بعدما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء
وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه
لا يحل لان الغليان بعدما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعمل الشدة وحين اشتد صار
محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفنا ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا
وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه
تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب
بالغليان يتسع على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلاثة ارطال فهي في المعنى ثلاثة ارطال
وثلاثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع فيطبخه حتى يبقى منها الثلث
وهو رطلان وتسعا رطل وقوله وهاهنا طريق اخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام
لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا
رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي
تسعة ارطال والحلال منها ثلاثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فان اريق

ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو زمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى الحساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصار ارطال الحلال ثمانية عشر وقد ذهب ثلثه وهو ستة فيبقى اثنا عشر وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد منهما مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها وبحلته محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التنزه والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما اولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم اولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل اخر لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وانه حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فانه ادنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرد خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان الة الاصطياد هنا حيوان وفي الرمي جماد والفاضل يقدم على المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والدب والخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك يطلق لكل احد فلم يشتبه والباقي ان امكن تعليمهما جاز الاصطياد بهما لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا يأكلانه في الحال والتعليم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعليما ولان التعليم لان يمسك للمخير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم بالدب الحدأة لخساسته وانما

اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاباحة لا غير ورواية الجامع الصغير على الاباحة والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسئلونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره مقارنا على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه في تاويل اخرهم التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التاديب في الكلاب اكثر اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام دعاء على عتبة اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعنا يعني متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان اية تعليم ترك ما هو مالوف عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به حكاية موسى عليه السلام مع الخضر عليه السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة في جنس المقادير نحو حبس الغريم ومدة التقادم وتقديرها غلب في نزح ما ر البئر المخيرة وقوله ولانه انما يحكم بالتعليم عنده اذا كان ترك الاكل علامة تعليم عند الثالثة لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه للتاليل على صاحبه واذا علمنا انه يمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل قوله في الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والبازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل عنيهما ولنا ان اولا وهو قوله الجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب بمعنى في معنى الاية تبين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان اللفظ اذا ورد وفيه اختلاف في المعاني فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح ما

ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح التي يحصل به الجراحة ويكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله مكلبين في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه اي في الجارح الكاسب اخذ بالتيقن وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ما سبق من الكواسب وقوله وحرمة ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يوكل منه وحين اكل منه دل انه امسكه على نفسه يويده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا يوكل لانما امسكه على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتدا اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره قوله واما الصيود التي اخذها من قبل واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يوكل ان ابا حنيفة يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما اوجب الحكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد اخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ولم يحصل ذلك ينقض باجتهاد اخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا وما قال ابو حنيفة اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكرها اذا باع شيئا من صيوده المتقدمة والحكم فيه كما لو فيه الخلاف اذا تصادق البايع والمشتري على جهالة الكلب وقوله ولو انه صقر فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعدما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في صحة ما صاده لانتفاء الارسال ومسالة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما حرزه عن الصيد فان صاحبه جاز ان يخرجه ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاشه منه ومن لحم اخر في مخالفة صاحبه سوا واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه قال رحمه الله واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان تمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سوا كان للحياة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذا حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم تثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الالة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يوكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن راى الما ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يده على

المذبوح وهو قايم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على الذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على المذبوح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الالة لم يوكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسالة فيما تكون الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح جعل له العدم بكون الصيد في حكم الميت والزايد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن فيه متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاوه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يوكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرناه انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر اي شق الذيب بطنه وفيه حياة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من حياة بينة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم ياخذه يريد ان المسايل المتقدمة كانت فيما اذا اخذه الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله اذا ارسل كلبه على صيد بعينه صيدا معينا فاخذ غيره حل بعينه ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصايد والكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه في اوايل كتاب الذبايح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب

جانب الحرمة نصاً اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاث فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث لم يشتركا في شيء لكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع

قال رحمه الله واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي ● الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه اوجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بالطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه انكان دونه يعني ان الانكان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقتله اي جرحه جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بجرح الكلب ووجه الجواب انه تعذر دفعه وما تعذر دفعه فهو عفو وقوله بجرح الكلب الاول يعني ان لا يتمكن الا الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب فيه يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الالة الحيوانية شرع في بيان حكم الالة الجمادية والصوت والحس الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا ظبيا مثله فان تبين ان المسموع حسه ادمي او داجن او شاة لم يحل المصاب في قولهم جميعا لان الارسال الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى ادمي به فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لان اثر الاصطياد يورث في جلده وفي

خصوصا اي من جملة المسموع حسها لا يوكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد نفسه مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله كغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا واباحة التناول في غيره وقوله وان تبين انه حس ادمي قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي ياوي البيوت اهليا والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم الداجن توحش المقصود بما يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله وفاح عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل الكل مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمكة لم يوكل الصيد ولو سمع حسا وظنه ادميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد رمي الادمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الادمي ورمي الادمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل او شمول العدم او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لان ما حل المصاب موافقة ان ظنه بانه ادمي فيما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثمة او لم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هنالك لذلك اجيب بان الفرق بما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا والحل للصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا للحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بينا يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية لما مر وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء

تحاملت في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غيره واما اذا وجده
وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما سيجي لانه ظهر للموت سببان احدهما
يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يوكل لانه ظهر للموت سبب
وهو ما كان مضمونا الرمي والحكم يستند الى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم
يزل صاحب فراش حتى مات جعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل فيه موهوما
والموهوم في هذا كالمحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله لما اهداه رجل الى النبي
عليه السلام صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال
بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح القصير فقال عليه
السلام لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا
قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال
باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة اذ لا
لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله
وقوله فالذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان [illegible]
اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم لذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه
قعد عن طلبه غالبا ووجه كونه ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل
ان كان ما روي عنه عليه السلام من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه
السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه السلام قال لمن حال بينه وبين
الصيد ظلمة الليل فالجواب بان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام عند الغيبة
موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قد ذكرناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن
الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز
عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد
عن الطلب قال رحمه الله واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلام واضح وهو في المعنى
مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله وكذا السقوط من علي وفي النسخ من
علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا
لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي وقوله وقد ذكر في المنتقى بزيادة
ما وقع في الاختلاف بين رواية الاصل وهو قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى
وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة
الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه
لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك
عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا ايضا
فعل شمس الائمة اصح لانه المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الا

يحتاج

يحتاج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكر
انه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير المائي في الماء وقوله وما اصاب المعراض بعرضه المعراض
اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها
وقوله اذا لم يخزق بالزاي المعجمة خزق المعراض اي نفذ وبالراء المهملة تخطأ قوله وكذلك
ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه ان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يوكل لاحتمال انه قتله بثقله
وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة حجر ابيض دقيق كالسكين يذبح به والليطة تستعمل
عقيبه الا اذا كان المستثنى عن ذكره نادرا ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا
يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى المذبوح وقيل يحل
وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او
لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط
سيلان الدم قال رحمه الله وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد
اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يوكل العضو ان امكن حياته بعد
الابانة وان لم يمكن اكل وقال الشافعي يوكل وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكل لانه مبان
بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار
وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الراس في ذكاة الاختيار وما لو الراس
يوكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من الحي حقيقة
وحكما اما حقيقة فلقيام الحياة به واما حكما فلانه يتوهم حياته بعد الابانة بهذا العضو
ولهذا اي ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة
لم يوكل الحيوان لانه يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكاة ذكره ليجيب عنه بقوله
قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكاة يوكل ولكن لا ذكاة هاهنا لان هذا الفعل وهو ابانة
العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذ الفرض
ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو وجده وفيه
من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى
الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان
قيل فلتكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا يتبعه يعني
الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وهاهنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب
ظاهر وقوله والاكثر مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يوكل الاكثر لا غيره
وهذا لان الاوداج من العليا الى الدماغ فاذا ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم
قطع الاوداج وانما وقعت بموته وليس بمبان عنه ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد

الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وحينئذ لم يكن الجرح مبانا واليا في ظاهر قوله ولا يوكل
صيد المجوسي معناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل الذكاة لا اختيارية ولا
منها في اباحة الصيد **قال** رحمه الله ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه • اعلم ان
الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على
اوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيباه معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان
يثخنه قبل اصابة الثاني او لا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول
او بعده فان كان الثاني فاما ان يثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من
الثاني غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه
فهو لهما جميعا ويوكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي
فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا
في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصاب سهم احدهما اولا فاثخنه
اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الاخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا
خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة
ونحن نعتبر المحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل نتيجته ولهذا تعتبر التسمية حال الارسال
والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني خطر والملك حالة الاتصال لان
الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم
يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهمه وهو الوجه
من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا فهو لهما وحل الكل واما المذكور في الكتاب فقد امعن
المصنف في بيانه ونشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يوكل وقوله
وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات الحاصل بيان حكم الضمان
ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يوكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها
الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهي ان لا يدرى
ان الموت حصل باتيهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا
فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة الاولى لدخولها تحت ضمان نصف
القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف
يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير
الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الحاوية يعني لا في حكم
الضمان لانه لا ينشأ لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الحاوية واضح والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

ومناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث كونهما
سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانبي الدائن والمديون وسببه ما ذكر غير
مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب وسنذكره في فصل

فاما تسميته فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن يعني المرهون كالديون وهو احتراز
عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان
مقبوضة وهو جمع رهن ككعاب في جمع كعب وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي
طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول
وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين
طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى في المال بعد ذلك ثم
الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي
تختص بالمال بالطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه **قال**
الرهن ينعقد بالايجاب والقبول • وركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا
المال بدين لك علي وما اشبه ذلك والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده
الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع
اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا
نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر
لانه استوجب عليه مصيره مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب
ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله والقبض شرطا للزوم كانه تفسير لقول القدوري
فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية
عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن
غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي
في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا
وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد
وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة المصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان منكم مريضا او على سفر
فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة
اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا واقبضوا
لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع
فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل
بالنصباب بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فيصرف الى شرطه وهو المماثلة
فانه الربوا فكذا هنا وفيه بحث من وجهين الاول انما قال ان المصنف جعل الرهان مصدرا
وهو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا

الى القبض و الثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز واللزوم ممنوع دلك فهذا رفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الاية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتى ترك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه لذلك واسناد مقبوضة الى المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرفناه الى القبض وعن الثالث ان الدليل لا يلزم ملك حيث لم يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك لان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروك الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا المقام

قال رحمه الله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى به بالتخلية يريد بها رفع المانع وهو ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذا المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند اهله فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما وقوله بخلاف الشرا جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشرا ناقل للضمان من البايع الى المشتري لان المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمون على البايع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء قوله والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن والرهن فلذلك جهته اذ للحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشرا ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين

قال رحمه الله فاذا قبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص معتبر بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيحتج لذلك وقوله محوزا احترازا عن رهن الثمر على النخل دونها وقوله مفرغا احترازا عن عكسه وقوله متميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلم وان شاء رجع

لما ذكرنا ان اللزوم والجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها ثلثا اي بهذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه كان عائدا على موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وصف الدين بكونه ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك من الامساك او المطالبة برهن آخر لان الاول لا شاهد له ولا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول كما في النهاية وفيه نظر لان اصلهما كلام الراوي والاخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه على هذا التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته وروي عن ابي بكر الصديق انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وتاولوه وتفسير ذلك فيما يروى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى الاجل فيتم له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره ان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وبه الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبالها اكتسب من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم

قبل الدوام انما فهم من قوله لا انفكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترض بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم و الاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي مبنيا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا تقتضي العدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن لخاف جحود المرتهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتجلى الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او لضجرة عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن يثبت ملك اليد والحبس فيضم اليها قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر الهلاك لانتفاء احتمال البعض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا بخلاف ما اذا كان الرهن قايما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اي الثابت بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء الا يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر الاستيفاء الثمن بل ينتقض الاستيفاء اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك لما تبين بما ذكرنا ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو ان يستوفي في رقبة لا يد اجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون استيفاء من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما بالعين الدين او ببدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم ولكن لا استيفاء من حيث الصورة بل من حيث المعنى امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته ولكن قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله ومن موجب العقد جواب عما قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان من موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يتحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونقض

ينقض

بنقضها جالى وهو ان المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستأجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخها ليست يد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرماء لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى اخره واضح قال رحمه الله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما ان يكون بعين مضمونة اولا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول اما ان تكون بنفسها وهي ما يجب عند هلاكها المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثم واجاب المصنف بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيما هو القيمي رد العين مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة به اي بالعين المضمونة بنفسه وقوله ولئن كان لا يجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجوب سببه جواب على ما اختاره بعض المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا يستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة وتصح ان يقال فلك دون الرهن بدين به رهنا ما انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فلا شك انه فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون صحيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكن الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فيهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك

للقيمة ولا بسبب الوجوب قال رحمه الله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن
مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري
بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه
واضح وقوله يتراد ان الفضل يعني ان التراد انما يكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء
مثلها اذا اوفاه الفي درهم في كيس وهلك فالالف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على
قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة
رهونة ادى الى الشيوع ولعدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن
مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن
كما سيجيء وقوله والمراد بالتراد فيما روينا حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي فانه روي عنه
المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن باذن الراهن يرد
ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان في الدين نقصان يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بينا
على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب القاضي قوله واذا طلب المرتهن دينه الخ
وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة
المبادلة فمن حيث انه استيفاء حقيقة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن في
زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن
عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه يعني المرتهن ولم يعتبر هنا
احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو
تاخير حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يجوز
بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة
على احضاره قوله ولذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لان الرهن صار دينا
بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا
الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه
لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كانه رهنه ولم يسلم البدل
وضعه على يدي عدل وقوله الا اذا الذي تولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله فصار
كان الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن
من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكر ان ولاية القبض باعتبار
كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لا
ستيفاء نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك والتكليف
بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه
وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة
الى قوله ولذا اذا امر المرتهن ببيعه فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على

الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته
في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة
خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون
القيمة ههنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة
اجاب بقوله وما صار قيمة بفعله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كان الرهن في يد عدل
بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما تقدم
فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله تكلف لاستيفاء نجم قد حل وقوله
هكذا الى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما
نحن بصدده حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين
وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال رحمه الله وان كان
الرهن في يده اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن
لان حكم الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح
وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطريقه
بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن
المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان
عليه استحسانا وان يثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فيصير دينه
مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء
حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء
باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء
بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب
رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ احتراز عما
اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض والدين
باقيا الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابرأ عن
الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم
احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس
كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المردود
يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله
ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين
لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاع جار انه لا انتفاع بالرهن والانتفاع به قال
رحمه الله وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وكلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة
الا يرى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته

اذا ساكن الاب وخرج الابن عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يامر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين قيل للمرتهن ان يحبس
الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف
النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه او لرده الى
يد المرتهن كجعل الآبق او لرد جزء منه كمداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله
عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يجوز بخلاف الوديعة
وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث
العين والعين مقدم على المالية فكذا ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان
العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل منهما عينا ورد عليه
عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق
في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل
الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باع جاز
ولو ادى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن
لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه
لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع
لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر القاضي فكذلك
وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي
بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره هذا ليس الا لئلا
لا يلزمه شيء عنها بالانفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق
يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما
يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعنده
لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لانه فيه ضرورة

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن
ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال
رحمه الله ولا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان
اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا
او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه
وقال الشافعي هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا
على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد
غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه ان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا
انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور

لان اليد

لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد
ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقريره ان حكم الرهن تعيينه للبيع
والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد صحيحا
وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه
الذي بيناه يعني ما تقدم من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته
او لضجره وكل ذلك اي كل ما تقدم من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق
بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد
الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض ابتداء
وجب بقاء لانها تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم
الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام
فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام
عن التكرار فانه قال احدهما مبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب
مفسرا بالحكم كما هو المفهوم تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى دوام الحبس من تمام الدليل
يعني ثبت له انه لا بد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس
في المشاع لانه لا بد من المهاياة فكانه يقول رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه
للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع
تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله
ولا يجوز من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على
على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم
يتفاسخا في البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع
بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح قال رحمه الله ولا رهن ثمرة على رؤوس
النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علة فان الاصل
الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده
لاختلاطه بغيره قوله وكذا المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن
لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض
الا ترى انه لو باع الدار بحق قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها
بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها
فاما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شائع او كان شائعا فان كان
الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان

الثاني تبعية ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر يعني قال
المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن
بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري
بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلم الى المشتري فيخاف
المشتري ان يستحق فياخذ من البايع رهنا بالثمن لو استحق اصلا وهو باطل حتى لا يملك
المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع اولا واما الكفالة بذلك فهي جايزة على
ما ذكره في الكتاب وذكر في فايدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند
استحقاق المبيع ضمن البايع دركه اولا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى
القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه بقضا القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض وهذا
بنا على ان المبيع اذا ضمنه فانه يرجع عليه بقضا القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض وهذا بنا على
ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البايع لان احتمال اقامة البايع البينة على
النتاج او التلقي من جهة المستحق قايم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله ويجوز
الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني
من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى الاستقراض من غني وصاحب المال لا يعطي
قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا تحقيقا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض ولا يجعل
فليجعل المعدوم في الدين موجودا للاشتراك في الحاجة لجنس باب المعدوم يجعل موجودا اذا
كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده وفي الدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم
الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشي حكمه حكم ذلك الشي كالمقبوض على سوم الشرا
فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلكه بما سمي من المال بمقابلته حيث على المرتهن
ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن
ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشرا غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما
نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم و
اعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود
فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفا الدين حيث جعل الدين موجودا فيتعلق به البقاء وضمان
المقبوض على سوم الشرا ضمان مستقبل يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي قبل البيع فيجعل
مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض
رهنا عن الدين الموعود **قال** رحمه الله ويصح الرهن برأس مال السلم قال زفر لم يجز الرهن
الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشيا ليس باستيفا لعدم المجانسة
فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفا لوجود المجانسة من حيث
المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده حتى لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاجارة

من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف
والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من
حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تمليك العين لكونه
امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تمليك العين ايضا وقوله لفوات القبض
حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان
بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه بالرهن لكونه حتى يعني الفارعا على ما عرفت
وقوله لانه بدل لسلمه لان راس المال بدل المسلم فيه وبدل الشي يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب
اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان
ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط وراس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض
فلا يكون رهنا به كما لو كان له على اخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرا المرتهن
عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف
السلم وقوله فلو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب
السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو راس
المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك براس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي
مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ راس المال لانه بقبض الرهن صار مستوفيا حكما
بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو
استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد راس المال
فكذا ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة
فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه
دين من جنس مالية الرهن وهو راس المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام
اجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس
بحتم وانما جا الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعل الرهن
بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفا كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما
فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا
يكون ما عليه من جنس ما له على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم
لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به
قوله لان الثمن بدله وقوله وادى ثمنه له ان يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه فللمشتري
ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه
من البايع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته والله اعلم **قال** رحمه الله
ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح قوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية في الجميع
لو طرت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته قوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس

احدهما ما ذكره في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون
في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه واما لو رهن عين
بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء
الدية من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانها غير مضمونة اذ لو
هلك لا ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة
ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعط رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني
الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا ترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن
فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن
لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا ترى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور
الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ويصير
مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته ومن
قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية وجه ما ذكرنا انه
قبض على المضمون ظاهرا وكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه
ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة
في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله وكذا قياس ما تقدم من جنسه يعني
ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس
يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة مثل ذلك وقوله لابنه الصغير
احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا
اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب
والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون
الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية في ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة بل يبقى
دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع
ابنه الصغير يريد به انه يجوز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وصورته ان يكون
له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة الابن ومرتهنا
لذاته وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لانه اشبه على ذلك التقدير لما ان الاب له عليه
دين فلا يشكل في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلأن يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده متاع صغير
ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الوصي كرهنه من
نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه
لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن فيه منفعة
ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة
واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب

وهو اوضح

وهو اوضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان احدهما واحد
يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي وقوله واذا
رهن الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قيد اتفاقي
لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذلك
وان كان لولده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله
على امرين جائزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير بالدين على نفسه ورهنهما ذلك
بدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدينه كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما
لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله
بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لانه عند هلاك الرهن يصير المرتهن
مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط
الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ثم يرجع به الوصي على
اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن
يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله يأخذه بدينه اي
يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه لحصوله عما قبل الاستيفاء وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له **قال** رحمه الله ويجوز رهن الدراهم والدنانير
قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه
الصفة فيجوز رهنهما فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في
الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن
القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه واتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل
ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فان هلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد
به ما تكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة
يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملكه
والرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وقوله واستيفاء الجيد بالردي جائز قال في النهاية هكذا
وقع في النسخ ولكن الصحيح انه يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين
احدهما ان الاستبدال لا يتقول كما اذا تجوز به اي في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الصحيح انه يقال
واستيفاء الردي بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستبدال لا
يتقول كما اذا تجوز به اي في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الصحيح انه يقال واستيفاء الردي
بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد
بالردي لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بالشيء الخفي والثاني ان الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن العشرة قيمة ابريق هي اقل من العشرة

لرواية فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيده وأرى ان ما في النسخ حق وفيه ما ليس وهو
صاحب النهاية فليتامل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء
ولا ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو
اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه الضرر ولا الى المرتهن لانه مطالب
فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين
وقوله قيل وهذه فريعة تلك اي انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان ان
محمدا مع ابي يوسف في تلك المسألة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي ح
وفي هذه مع ابي يوسف قوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة
انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها اي ان يكون عينها مقام ما له عليه من الدين
والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر
فكان قابلا لرده بالضمان وامكن نقض حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيوف متعين
للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده
بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما
هناك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة وكذلك
في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسألة مبتدأة اولى لانه رضي
المرتهن الرضى بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه
باعتبار الوزن ولم يوجد ثم وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن
وهنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف يجبر
الراهن على الفكاك الا ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او بدونه كما هو مقتضى
من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد لانه
لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما
فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيجعل
البدل حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه
فيأتي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف
جنسه مصوغا فيكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان
جعله بالدين اعتبارا بحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني
نفتكه ناقصا لا وجه له لانه يذهب شيء من الدين ولانه يفتكه مع النقصان بعد ان يفتكه مجانا وهو
فيجعل بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك يصير مضمونا بالدين بالاجماع فكذا
فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء
عند الهلاك بالمالية حظر هنا ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين القيمة
وهو شرع و في جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا

المرتهن

للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق ان
التضمين بالقيمة واجبا او صوابا والصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث
وهو اذا ما كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لرداءة
غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون
المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر
لما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك
والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين
فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فضلة
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة
وصياغة فعند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن
خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن ضرر
الشيوع فان الطاري منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار لو كان
درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن
بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول ابي حنيفة
ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا
كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه
مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين والزائد
عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي
مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون
كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين
الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك وعنده
هو بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب
لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة تشيع في الوزن والجودة لان
الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض
فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري وتعتبر خروجه
من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لكونها هدرا في ذاتها فكانت
زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها وتصير خمسة اسداس الابريق
مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما
هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة
اسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة لما ناسب لان

الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة في المرهونة لذلك فجعل الاصل في مقابلة
الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان
في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك
يصير مستوفيا دينه فكذا عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا
وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على
الفكاك كما لو لم ينتقص وقد علمت ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل
نقصان قيمته بالصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان هاهنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة
مفروضة بذلك قال رحمه الله ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه
كلامه واضح وقوله لم يسبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع
وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه
وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء يسير ويعسر حقه او يعطي كفيلا غير مليء ليس
في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى ثوبا بدراهم
فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشترى والصواب انه
وغيره سواء ولو قال امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا
خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح
بهذا علم ان مراده الرهن فصل وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في ان
التعدد عن الافراد قوله وصار كالمبيع في يد البائع فان المشتري اذا ادى حصة احدهما
من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا
كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة ففي ذلك الجواب في رواية الاصل
وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله لانه يصح
لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض
في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكان رهن كل عبد
بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق بتفريق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل
واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا
لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض
المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف
الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما انه بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو
تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لانه لو هلك ما في
يده هلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة
كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يصيب احدهما
الفا والاخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالف والاخر بالفين ولم يبين هذا من ذلك

واراد

واراد الراهن فكاك الذي قيمته الف فاداه الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن
يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة
كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا تمكن من فكاك
البعض بقضاء بعض الدين قال رحمه الله فان رهن عينا واحدة عند رجلين
صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين او غيره ولا لكون الدينين
من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الاخر دنانير لان
الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع
فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان
العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيهما الشيوع حتى كان المبيع والموهوب
بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما
يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين
على الكمال فجعل شائعة فيقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس
ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيتحقق الجواز لكون
القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك
شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في
حق الاخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع
العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه
انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي
ان يكون الرهن في يد الاخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن
ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما
باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية
الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حصته مرتين فعليه رد ما قبضه
ثانيا قال رحمه الله وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا هذه عكس المسئلة
المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجلان انه رهنه بدين له
عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه اخر كذلك وهو اصل الوجوه فيها وجملتها ان
العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد غيرهما او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى
به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الاخر بينة انه
الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في
الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم
فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه ابي بالقياس من
ناظر ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثمة ثبت

في جميع الرهن حتى اذا اقضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى
من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد
اشار المصنف الى هذا الوجه بقوله لانا نعمل بهذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره
وباقي كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام
الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب
يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا
ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف المفرد في مسائل ذكرها في
النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي **قال** رحمه الله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد
عدل كلامه واضح وقوله ذكره قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في
المبسوطين وشرح الطحاوي ابن ابي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه الرواية عن مالك فان
القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فاذا ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله
ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق
وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع
اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد المودع
وقوله ولنا ظاهر وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال
كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية
فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل
والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على ان السؤال ساقط لان الخصم ليس بقايل بفوات
القبض شرطا ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث
انه امره به وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى محلا مستحقا للامر وبعقد الرهن لم يصر
القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقته الراهن اياه في الوضع
على يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل
فالجواب انه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو صحيح مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من
المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه
ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكر وقوله
ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح
يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو الظاهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد
العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين فالحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له
اي للعدل لانه ظهر ان كل حق وصل الى مستحقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذها احدهما جمع
البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث
المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان

قائما في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع
العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في
يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعاره او
اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفعه الى المرتهن
رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه
المرتهن او هلك عنده لانه دفعه اليه على وجه الضمان **قال** رحمه الله واذا وكل الراهن
المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله لا يرى
انه اي ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلتزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة
لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق كما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي
لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة
وصارت التي هي اللزوم وصف الوكيل وحق بيع وكذا الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا
في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لكونه
في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والا دين يجري فيما له
عليه الا دين ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره
ورثوه وقوله اجبر على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبس اياما ذكر في
الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال الآخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله
لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف من اوصافه والآخر ان فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر
اعتبارا للوجه الاول ذكر في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله والجواب في الفصلين اي فيما اذا
كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع
الصغير حيث قال فيما اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن
ولذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون
رهنا واذا تويت كان مال المرتهن منصوبا لعلها صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن
وقوله وغرم القاتل قيمته يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه
لان هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان
المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل
ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مشوش يكشفه وايضاحه شكر الله سعيه
سوى الفاظ وضماير نوضحها زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن
الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن اليا بوا اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن
بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن
وقوله فله اي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله واما اداه اي اما

ادّى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي
بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء العدل
رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه
على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع
لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل
الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة
التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن
لا على المرتهن لانه لم يتعلق هذا التوكيل بحق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني
الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض
اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني
هذا السؤال طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن
عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني قوله لان كل واحد
منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن كانه وكيل منه اي كان
المرتهن وكيلا عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك في
ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد
العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك
المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من
حين القبض لانه صار غاصبا به فيملكه الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد
الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع
على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور
والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لكن المضاربة عقد غير لازم
وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم غير مرة فكانه انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت
بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن
المستحق الراهن لان المستحق بتضمينه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين
انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في غاية المنتهى قيل اورد مسئلة المضاربة
والفرق بينهما وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق
المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان
عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم
بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك **باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره**
التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيرهما انما تكون بعد كونه
فكان متأخرا طبعا فأخره وضعا **قال** رحمه الله واذا باع الراهن الرهن اذا باع الراهن

بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه في
موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد
محمول على ما لم يحضر فان القاضي يفسخه اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله
جائز محمول على ما اذا اجازه او سلم وذلك لان من تصرف فيما له تعلق به حق الغير جاز
موقوفا كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم
العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجازه ينتقل
حقه الى بدله لما ذكره في الكتاب وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه ان شرط
عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن ينفذ البيع
باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ
روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي الى المرتهن لان هذا
الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم فقوله
ولو باع الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف
كالاول لان الموقوف لا يمنع الموقوف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول
جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن لا بعينه لانه قد يرهن ليباع فايهما اجازه المرتهن
وسلم اليه نفذ ويأخذ الثمن رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه
وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي
وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب
بالاصل وذلك ان من تعلق حقه بشيء وبدله باجازة الى غيره فان كان البدل مما تعلق به
حقه تعلق به حقه وان كان غيره لم يتعلق حقه فهذا اذا باع الراهن ثانيا واجاز المرتهن
كان الثمن رهنا عنده فكان له حظ من العقد الثاني لتعلق حقه به بدله فيصح تعيينه واذا
اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه اولا
لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل
لكن ليس مما تعلق به حقه كما في الاجارة فان فيها بدل المنفعة وحقه في مالية العين دون
المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول
وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قال**
رحمه الله فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ
عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر
قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق
حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه خاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما
اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الآبق او المغصوب فانها تشترك المرهونة في خروجها
بيد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت

الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضافا الى محله لانه لا خفاء في
قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب للملك قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان تعلق حق
الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق
البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على
ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه
كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو
حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع
منحصرا في ما ينافي الملك بل يجوز تعلق الحق مانعا ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله
وامتناع النفاذ ومعناه انه حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد
على التسليم المشروط لصحة العقد فيهما وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله كاعتاق
الوارث جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى انه اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى
عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فلذا يجب ان يكون
في الرهن ووجه ما ذكر انه لا يلغو بل يتوقف الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واما عندهما
لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى الاول يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء
المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا
اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي
به دينه بل يتبدل به جنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب
السعاية على العبد وقوله نذكره يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله
وعندهما تكميل يعني وان اعتق عندهما لكن في عتقه نقصا لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا ادى
كمل العتق وقوله الا رواية عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن
وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان هالكا من حيث المالية وباقي
كلامه واضح قال رحمه الله ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح
تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه اولى واما
عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله وان حبلت يعني التدبير والاستيلاد
خرجا الى الدين وام الولد يعني عندنا واما عنده فلان المدبر لا يخرج منه لقبول المحل الرهن كان
انفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا
ضمن قيمتها وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيد بذلك احترازا عن استهلاك
المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلاك كما سيجيء وقوله كانها هلكت بآفة سماوية
يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل لذلك قيل عليه
النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت حكما
بمثابة لو كانت باقية تترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في

القبض

القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير
العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلم يسقط شيء من الدين
وقوله فان نقصت عن العين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله واذا اعار
المرتهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها
فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل بها معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير
اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان
وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع
وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن وبعد ذلك يد عارية
وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان
لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد والجواب انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في
الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن
الآخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية
والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان
المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرتفع عقد الرهن
وحكم الوديعة حكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو
الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن
وجدد القبض للاجارة او اجنبيا يباشر احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة
للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان
العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبي يباشر احدهما باذن الآخر واما من الراهن فلا
يتصور وقوله لما بينا يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن
قال رحمه الله ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه ومن استعار ثوبا ليرهنه فللمعير اما
ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فارهنه المستعير بما شاء من قليل وكثير كان جائزا عملا
بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا
بان استاذنه ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك الاعتبار
العين واليد جميعا فالجواب انه لا انفصال لاحدهما بدون الآخر فانه يجوز ان ينفصل
ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وكالبائع فانه
انيابا فان بزوال اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين
وقوله لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة
العقد فصار كما اذا اعاره ثوبا واطلق وان كان الثاني فسواء كان التقييد بالقدر او الجنس او
المرتهن او البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر

نفي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه او ان احتاج الى الفكاك وهو
اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر ونفى النقصان لان غرضه ان يستوفى اكثر المالين ان هلك الرهن
فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وطالبه ظاهر
وقوله وجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب
ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير
فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله بما بينا اشارة
اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من
الجبارة يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضا بنفسه وقوله وهذا يرجع على الراهن بما ادى
قال في النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما اداه اذا كان اداؤه بقدر القيمة لا
ان كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بالالف
على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف لان وضع
المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله
ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير
هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان
فان قيل لما ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهن الثوب بالدين
ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بانه يوجب
الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قرئت
على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب
بالواو لان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير
فكيف يصح التشبيه وقوله في انكار اصله مرتبط بعقد العارية وقوله لانه اشترى العين يعني لو هلك الرهن
استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه
من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
وقوله في كونه واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعى
فجعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ
من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه فليس ثم تحصيل مقصود
الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان ثم الرد الى نائب المعير
وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع
يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كان ردا الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه
كذلك وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو
ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ودل تعليله هذه المسئلة **قال** رحمه الله
وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بالزيادة بنحو

هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان يكون
الجناية في النفس او ما دونها خطأ اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية
يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية
المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه لو مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو
هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه او وجب عليه شيء لكان واجبا
له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان
واجاب المصنف بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بعادته والمولى
اجنبي عليه يوضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال
صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالك المرتهن
غير المالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل
ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع
العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين
لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له
غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله فدفعناه فيه تسامح
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدفع
لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا وثناه وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها
للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفدا لكان الراهن فكان
حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان
كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن قيل للراهن
اما ان تقضي دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن
من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لان بدل عبد
نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف
ان الدين ويبقى العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية
الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك متباينة بين الاب والابن حقيقة فصار
كالجناية على الاجنبي **قال** رحمه الله ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقصت
القيمة بتراجع السعر يعني ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص
رهنا بقي على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى
لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كانه مقابل بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله
لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل آخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا
لالف الدين بالمالية التي فيه الى قبل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا

فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك

والباقي ظاهر واعلم ان صورة المسايل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة ثم قتله عبد

بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون

ودفعه به واقوال العلماء ايضا فيها ثلاثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصورة الاولى

والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكه بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي

الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان ياخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلم الى المرتهن

بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر ان حكم الصورتين الاولى والثالثة واحد في ان الراهن يفتكها

بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقطة

عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل وصورة هذه الاولى

مذكورة في الكتاب وقوله لهما ودمًا يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل

كالمقتول في الادمية والشرع اعتبره جزاء من حيث الادمية دون المالية الا يرى انه يستوفي

فيه القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله عما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر

عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد

الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان ياخذه بكل الثمن او

ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان ياخذ المدفوع مكانه

او يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه منسوخ يعني بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن

ثلاثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح

هذا تكرار لا محالة لانه وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة

فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة

الى ان يقول بعد ذلك فهو بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة

فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليها ايضا وفي ذلك سوء ظن

صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع

السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم واذا قتل العبد الرهن قتيلا

خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر

فنسيان وانما كانت الجناية عليه لان العين في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض

على المرتهن يعني واذا كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما اداه الى ولي

الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكره متبرعا

في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كحبس الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف

على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى

لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما ياتي في الديات وقوله لتقدمه

على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على

من يقوم مقامه وهما المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية

في ملك العين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان تشاحا بان اختار الراهن

الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم

ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكر جناية ولد الرهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم

فيه يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في

الفداء بقضاء الدين متطوعا وقوله وان كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله

وهذا قول ابي حنيفة وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما يرد على الحاضر ه

فصل

هذا الفصل كالمسايل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته

عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره

ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شئ

من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها

رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما

في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن

كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى

ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى

المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك

فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل ثم اعلم

ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن كافرا

مسلما او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان

تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه

فهل للمرتهن ان يخلله او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية

وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار

كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة

اليهم فلان يجوز للمرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله

ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم

تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا باصنعه كما لو غصب خمر ذمي فخللها

والخل له وتقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم

التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني بان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت

قيمته يسيرد درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة

فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما

وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيم مثل الدين فان كانت

الكثير او اقل منه مذكورة في النهاية قال رحمه الله ونماء الرهن للراهن. الاصل
ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن
منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في محل الام ولا ينفرد عليه
بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما قيدنا بذلك ليلا يرد
كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة
الكفيل والمالك لا في عين الامهات وليلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال
باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف ليلا يرد ولد المغصوبة
والمستاجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه
الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا
بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والتمر والصوف والولد
للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فان الاصل وصفاته لازمة
الملك وكونه رهنا فيسري الى الولد فان هلك النماء هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط
لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودة اذ اللفظ
لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
لما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبل هلاكه هلك مجانا والتبع
يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا
بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب
الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به
وقوله وصورة المسايل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض
والفكاك يخرج وقد ذكر في ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله فيصح
تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فما اصاب فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل
الفا في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلفه بغير اذنه ضمن
وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن قال
رحمه الله ويجوز الزيادة في الرهن. الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي
عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جائز عند علمائنا والزيادة
على الدين لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة
فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج المولى
امته من رجل بالف ثم زوج في رواية اخرى بتلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان وينقسم
عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغري وغير ذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين
الضرير انه قال لا يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى
زدتك هذه الامة الاخرى بتلك المهر لما قال زوجتك هذه الامة الاخرى بتلك المهر لزم ان يصح

وقوله

وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني مع الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين
كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والالتحاق
باصل العقد افساد الجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالتحاق باصل
العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست
في شيء من ذلك اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل
عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله
وتسمى هذه زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا
اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت
ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا
جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة
الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل
في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار
كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة
الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت مع الام فصارت كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة
فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما وبقي الولد والزيادة
باقيين لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل تقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات
الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام والولد معها قال رحمه الله
فان رهن عبدا يساوي الفا. كلامه واضح وقوله على ما بيناه من قبل يعني في فصل هلاك
الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر هو يقول ان الضمان في باب الرهن
انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابرا وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء
وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته او لتوهم الوجوب
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابرا اي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا
بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلب الراهن ومنع المرتهن
بعد الابرا فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به
غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله
ان الابرا يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو
العقد الذي التزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة
مثله فيفضي الى الدور فاما هو يعني يتعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو
تكرير للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء
الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى ... على قوله ولو

استوفى وقوله لانه اى لان كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله لانه بمعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابراء فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يزول به اى بعقد الحوالة الى ما هو وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذاكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه قرن ثم الى هاهنا تفوض على جواب المسئلتين في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزيتها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال رحمه الله القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث على خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هولاء الخمسة وقال صاحب النهاية لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل او لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطا ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب ويعرف ايضا تفسير كل واحد منها وحكمه وبكا كته ظاهرا وقوله او ما جرى مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم واموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في عامكم هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اى موجب القتل العمد الاثم في الاخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله

عليه

عليه وسلم العمد قود اى موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها اى بالعمدية تتكامل وقوله لا شرع لها دون ذلك اى لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتوجيهه ان العمدية تتكامل به الجناية وكل ما يتكامل بها الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله والعقوبة المتناهية جملة اخرى وتقريرها عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعدما استحقت نفسه قصاصا بنفسه ويلقي نفسه في التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص المذكور فيه فيما هو وجه التمسك بهان الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالراي ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على ان حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص شيئا وابن عباس في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطا والغاية فيه مثل الغاية في العمد اجاب بقوله وفي الخطاء وجوبه المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيهدر الدم لو لم يجب المال والادمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان ياخذ الولي المال من القاتل بدعوة رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعن رضى بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص بمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بالواحد والقياس لا يقتضيه فكان بمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدر فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لا لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتلون واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكم القصاص واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ وان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد القاطع اشل او ناقص اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اى في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كما اذا قتل ابنه عمدا

وعندنا انه يجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد اشد منها اليه فى الخطأ لانها لستر الذنب
والذنب فى العمد اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة و
الكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعى وهو
واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانها مثلها فى المناط وهو الستر ولا معتبر
لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب
العمد مما لا يستره لعدم صلاحية لحليتها كما مر فان قال قد دل الدليل على عدم اعتبار
صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد
استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب
النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا
الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها
فان الفا تقتضى ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف

قال رحمه الله وشبه العمد عند ابى حنيفة • اختلفوا فى تفسير هذا النوع من
القتل فقال ابو حنيفة شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجرى مجراه سواء
كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا
هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال فى الضربات اما
اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض قالا سمى هذا النوع شبه العمد لا تصال
معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور فى استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا
الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتاديب ونحوه لا فى استعمال آلة لا تلبث فانه
لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان بن بشير ووجه الاستدلال
انه جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق
وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا فى كونهما غير موضوعتين للقتل
ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة
يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله
وموجب ذلك اى موجب شبه العمد على القولين يعنى قول ابى حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل
وهو قاصد فى الضرب على ما مر من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على
العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة احترز
بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده وعن اقرار القاتل
بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصور تجب الدية على القاتل فى ماله وقوله لقضية عمر
يعنى ما روى عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالرأى وقوله والحجة عليهما ما اسلفناه قيل اراد قوله صلى الله عليه وسلم الا ان

قيل

قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله
ان يقول ما روينا والحق ان يقال انما قال اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول

قال رحمه الله والخطأ على نوعين انما انحصر الخطأ فى نوعين لان الرمى
الى الشئ مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمى فان اتصل
الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثانى فهو الثانى وقوله لما بينا اشارة
الى قوله وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر ولا اثم فيه فى الوجهين اى النوعين لقوله
صلى الله عليه وسلم رفع عن امتى الخطأ الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما
بدليل وجوب الكفارة والحرمان جميع انواع القتل فيما هو جناية قتل على المورث
تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده الا انه اظهر
الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى
بتاييد الله تعالى وقوله يحله فيما اذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية
وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد وفيه
القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ وما اجرى مجرى الخطأ مثل النائم
ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ الا انه كالخطأ فى الاحكام
لان المقتول مات بثقله وكانه مات بفعله وقوله لان الشرع انزله قاتلا يعنى فى حق الضمان فكذا فى
الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به
وانما الحق به فى الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الاصل
فان قيل الحافر فى غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطأ اجاب
بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه يعنى ان الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما نحن فيه
ليس كذلك فان اثم الحفر لا اثم الموت وقوله وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها يعنى
ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان الآلة فى النفس تختلف باختلافها الآلة فان
الاولى النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغير ما يقصد
به الاتلاف فقا العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد
يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة **قال** رحمه الله القصاص
واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص ومحقون
الدم من منع ان يسفك وقوله على التابيد احتراز عن المستأمن فان فى دمه شبهة الاباحة
بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبنى عليها القصاص ولا بد من صفة العمدية كما بينا
من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من وجهين الاول ان المعنى
المذكور ليس وذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب الثانى ان حقن الدم على التابيد غير متصور
لان اقصى ما يتصور منه ان يكون للمسلم فى دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله

الثالث

تعالى الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد
التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب
عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني
ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي
الى داره اصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب لا للشبهة الابوة وعن الرابع
بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله
كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى
وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه
وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان
فيهما فيجري القصاص بينهما فان قيل لم لا يجوز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر
الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص
ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك
وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الاية ووجهه ان ذلك تخصيص
بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع
وفائدة التخصيص الرد على من اراد غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى
ان قبيلتين من العرب تدعي احداهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا
بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الاية ردا
عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء
المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم
بخلاف النفس فان القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال
رحمه الله والمسلم والذمي فيه سواء اختلف العلماء في ثبوت القصاص للمسلم بالذمي فذهب عامة
العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل
الاولون بما روى ابو جحيفة قال سالت عليا هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القران
قال لا والذي خلق الحبة وبرأ النسمة الا ان يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة
قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا
مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص
بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فيورث
شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابرهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة
فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفيه دلالة على
المطلوب جلية لا محالة ورد بان مداره على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ
ابن البيلماني حديثه منكر وروى عنه ربيعة ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وقال

مرسل

مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا تقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب
ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول
ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار
يعني عندنا فيثبت وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله ولنا الكفر مبيح وتقريره انا
لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وقوله والقتل عقيبه لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي الحربي
دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين
الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم
فيجب القصاص وقوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي وتقريره ما ذكره
الطحاوي في شرح الاثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل
ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله
لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة
فيكون كلاما تاما لنفسه وليس كذلك لا دائما لان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان
قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقتضي ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى امن
الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل ذو عهد به هو الحربي بالاجماع
فيقيد بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقيده في المعطوف عليه كذلك والا لكان نحلة
اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف
باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين
احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكنه لا يقتص منه والثاني ان يقتل
من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسألة من معارك الادلة الطويل
تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستامن لانه غير محقون
الدم على التابيد كما تقدم في اول الباب وكذلك كفره باعث على الحرب لانه على قصد الرجوع الى داره
فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس محقون الدم على التابيد وقيل هو
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه فيما
روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستامنا
او محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه على ما
بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل فلم يقل لما روينا وقوله
للعمومات يعني الايات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولانه
في اعتبار التفاوت فيما وراءه تعطيل حكم ما خالفنا فيه الشافعي قال رحمه الله
ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده
وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معلل الظهر اثره في صلب الحكم المعلل

فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صفّ الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن
فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات لذلك فانهم اسباب لاحيائه
فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم قوله والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال الوارث يستحق
افناءه لا الوالد ولا محذور فيه ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال
والجواب وقال مالك ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف
او سكين فان فيه توهم التاديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال
المصنف وهو باطل فرجحه على مالك وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى ببنته وهو محصن
فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا
زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك اورث شبهة في الكل وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن
في ويستوجب وجاز ذلك بلا تاكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابنه
اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث قصاصا على ابيه مثل ان يقتل الرجل ام ابنه عمدا وقوله
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال
الشافعي ينظر ان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل
تلك المدة فان مات والا حز رقبته وان كان بفعل غير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير
فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرناه لان فيه مساواة في الاصل اي
اي الفعل وفي المقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود
بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب بان القود
اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه هذا
مختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة
في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررنا في التقرير قوله ولان فيما ذهب دليل معقول في
الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه
لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز
لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن
عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عن توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى
قال رحمه الله واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا
فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى او لا
فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا
واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه جار على حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى
بيقين على التقديرين وهو في الحقيقة نوع اعتبار مثل هذه الشبهة لا ينحط عن درجة الاحتمال
لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد بحكم واحد ولهما اذا

رجعا

رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسألة المستشهد بها
فيمكن ان يكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما
ذكر لان الصحابة اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن مسعود يموت
حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت يموت عبدا فيكون
استيفاء القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى يتعين فيها وان كان الثاني وهو ما اذا
مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اولم ورثة
ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض
اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز
ما عتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء لانه
من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه
كالانكاح ولا يتوهم ان كل من يملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك
الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر
نفسه فيجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المعتوه ان
يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لان النظر في حق المعتوه وقوله كما ذكرنا
اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه
وهذا اي الاستيفاء من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب
في جميع ذلك وقوله ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه وقوله وانه
اي المال يجب بعقده اي الوصي قال رحمه الله ومن قتل وله اولياء صغار وكبار
اذا كان في اولياء القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء
عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فلذلك عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك
الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار
والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه من الغائب موهوم في الاستيفاء
يتوهم الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يوجب حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا
انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا
كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما كما لو تعدد
القتيل وعفا احد الاولياء وكان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجيب بان
الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا
نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثم متعدد فلا يلزم من سقوط بعض
سقوط غيره وقوله ومسألة المولين ممنوعة جواب عن قولهما وكان بين المولين وسنده
ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وقتل وله مولياه فيجوز ان يقال لا نسلم
ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فان المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب

لم يجعل في حقه لانه بعض الملك وبعض الولا ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد
والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله ومن ضرب رجلا بمر الحاقره واضح وكذا
قوله ومن غرق صبيا وكما بينا اشارة الى قوله يفعل به كما يفعل ان كان فعلا مشروعا
وقوله لهم اى لابى يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلالا للشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول وقوله ولا مراء في العصمة اى لا شك فيها وقوله ومنه المقصنة للمجلين الحلم
الذي يحزن به وهما جلمان وقوله وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قولهما التحريق وهو منهي
عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقوله
او مثله اى اشارة اليه اى اشارة اليه اى الى كونه محمولا على السياسة اضافة الى نفسه حيث
قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين فرع على الابتداء وقوله في الكفارة
خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روى عنه ان لا كفارة
في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير
تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا وعدم ما يبطل حكمه
يعني من عفو او شبهه وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله اصل نوعي الخطاء يريد بالخطاء
في القصد وقوله وكذا الدية منصوص على الكفارة وقوله على ما نطق بالنص يريد به قوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطاء الاية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اى توالى دوران سيوف المسلمين
توالت على اليمان الى حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح وقوله
بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لكان الاستحالة والتنافي وقوله يغسل
ويصلى عليه اى كونه فعلا غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات
انفه بمرض من غير فعل على نفسه وقوله ولا يصلى عليه لانه جنايته على نفسه معتبرة نقصان
وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الاخرة والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها غرض
ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اى اهدره وقوله والمعنى
اى معنى الوجوب دفع الضرر لان الواجب هو دفع الشر على اى وجه كان لا عين القتل وقوله لما
بينا اشارة الى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا
صالا على انسان فقتل المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني
ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول
عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره ضمانه وقوله قاتل دون ماله اى لاجل
ماله وقوله فكذا استرداد في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو منزلة
التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان

منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا تزداد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين
قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر راسه فان الكبير قد اعتبر وخير المشجوج بين
الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذه ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص
بمقدارها يقل شين الشاج وباخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة
في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شاء
اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ماثور عن الصحابة روى ان هذا
حدث في زمان عثمان فسأل عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل
عليه عثمان وكان بمحضر من الصحابة وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي
بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم الا
في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود فان كان السن عظما فالاستثناء متصل
ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان تبرد بالمبرد بمقدار
ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما يفسد به لثاتهم كذا في المبسوط
وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن
فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث
وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف انه عظم حتى قال والمراد
منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هنا ان ما عمد وههنا
انه عمد وخطا فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل
فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روى ان الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية
جارية من الانصار بالطمة فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا كانت
على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطا ووجب الارش وقوله ولا
قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر وقوله الا والحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص
فيه عنده ايضا والشافعي اخذ بقول ابن ابي ليلى وسلك في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار
الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس
فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم
التماثل بالتفاوت بالقيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد
الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان
بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا امتنع القصاص
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام في الحر والعبد
لم يستقم بين العبدين لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوي
انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول

منه نوع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون
يد المرأة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت
وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس بمعتبر
مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما سلك بها مسلك
الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فجعلناه يعتبر
من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه
اسقاط والاسقاط جائز دون البذل في الاطراف والباقي ظاهر قال رحمه الله ومن
قطع يد رجل من نصف الساعد كلام واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص لانه لو زال
الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي ان الواجب احد
الشيئين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الاخر وقوله ومن شج رجلا
قد ذكرناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله
وفي عكسه يخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه ان استوفى في المشجوج
مثل حقه مساحة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون
حقه فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش والباقي الى اخره واضح فصل لما كان
تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك فصلا على حدة اذا اصطلح القاتل واولياء
المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زائدا على قدر
الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس
والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للام فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البدل
اي فمن اعطي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع المعطى وهو ولي القتيل
مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وانما قال العلماء قيل لان اكثر المفسرين على انها في عفو
بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في
الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين
مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود فاتباع بالمعروف
فليتبع غير العافي بطلب حصته بعد حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص
ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤوا اقادوا وان شاؤوا اخذوا
الدية قال المصنف والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني انه ليس للولي العدول
الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نص عليه محمد بكسر الدال وقوله
كالمطلق وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية
هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل
من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي
يقول النساء لا يستوفين القصاص وله حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من

انه

انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة
ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله ان الوراثة خلافة تستلزم عدم توريث
احد الزوجين من الاخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب
بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية
انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فحديث امرأة اشيم
الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر
الاموال بالاتفاق فيجب ان يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم
يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا
كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت ديته
فيها وتقضى منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به
قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله
لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية
السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء
وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم
منها كذلك وقوله والواجب في اليد جزء باعتباره وهو واضح قال رحمه الله
واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه
لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر
بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء
اليمن قصبتها وروي عن علي انه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد
وكانت الصحابة متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب
غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد
وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكم الاحياء فانه
لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليها امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيؤدي الى
سد باب القصاص وللقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه
لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا بد من القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى
ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب
الفساد من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكم الاحياء
وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص
واحد واذا كانت المسألة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في
الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب

وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم ويتوزع وقوله وهو القياس الى الفصل
الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه عرفنا بالشرع يريد به قضية عمر ولنا ان كل واحد
منهم ايمنا وليا في القتل قابل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى واصله الفصل الاول فان الجماعة
تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان
كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني
ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقي كان
قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما ان يضاف الى كل توزيعا
او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا
على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الادمي بنيان الرب ملعون
من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحيا وقد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شي لهم غير ذلك
وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر **قال** رحمه الله واذا قطع رجلان يد رجل واحد
تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي
ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر من اخر وامرا حتى التقى السكينان فالحكم ذلك لان كل
منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع بكل يده وان اخذا سكينا وامراها على يده حتى انقطعت
ايديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل منهما
قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر
وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعضه
وترك بعضه متصلا فلا يمكن ان يجعل كل واحد فاعلا لكماله بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزى
مع الباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يميني رجلين قيد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما ويسار الاخر
قطعت يداه لانه لا تنتفي المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه
لان المعتبر في حق كل واحد منهما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه
والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر جوابا بعض قوله لان اليد استحقها
الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي
بحريته عنه واذا لم يملك المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا
وقوله ولتردد حق الاخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الاخر في الاستيفاء موهوم
عسى ان يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب
يقضى بالجميع له لذلك وقوله لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه
فيقضي للاخر بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطاء
لا يصح سواء كان مأذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما المأذون فلانه ليس من التجارة وقوله
حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه فهو فيه مبقى على الحرية ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لو وقع بالايقاع وانما

اتى

اتى بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله والفعل يتعدد لا اثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا
ومزق جلده سمي جرحا فان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فلذلك يجوز
ان يكون بالنسبة الى المحل عمدا وبالنسبة الى الاخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد
باسام مختلفة بالنسبة الى المحل ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير
فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة
الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى
اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا
نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني وللقائل ان يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة
وهي لا تكون الا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطا هو تحقق الجناية في
انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شي يظنه صيدا فاذا هو انسان ولقصده مطلقا كمن رمى
الى هدف فاصاب انسانا وهذا الذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لها كالرمي الى الصيد
وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات
فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا
قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان
قطع يد رجل وقتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه **فصل** ذكر حكم
الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله
عمدا القطع والقتل اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه ان يكونا خطائين او عمدين او يكون
القطع خطا والقتل عمدا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منها اما ان يكون
قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة
عشر وجها فان كانا من شخصين فيفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ مطلقا
لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فاما ان يوجب الفعلين
او اهدار احدهما مبني على اصل ذكره المصنف بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب
احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات
متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا
الا انه لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد
حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء
فلا بد من اعتبار كل واحد منهما فان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين
الاوليين وان تجانسا خطا جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء
والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة الولي
بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل وقالا لا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال
اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار

للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه ينبغي لهم ان لهم الخيار وله ان الجمع ممكن لتجانس
الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقالا بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان
الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر
من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع
فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب
هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع
اذا كانا خطأين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل بعين القطع بانقطاع توهم
السراية وذلك انما يكون بالجز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالجز القاطع للسراية وبه
يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجز وفي ذلك تكرار
دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد
انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء
في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما
وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد
وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فمبناه على التخفيف
الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال
رحمه الله ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ يعني ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في آخر
فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا
كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق
الارش ولا في حق حكومة عدل وانما يبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله
حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في فصل الشجاج وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب
سوطا وجرحه وبقي لها اثر يجب لها حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء
الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بانه لم يبرأ وليس بموجود وهذا
يشير الى انه ان لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرحه واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك
كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما ومثل
هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبيل فصل الجنين قوله ومن قطع يده رجل فعلم
ان العفو عن القطع او الشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فلو
وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء
عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون
عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى فكان العفو عنه عفوا عنهما
ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى اذا

قال

قال شخص لآخر اقطع يده فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن
ابتداء وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصر فكذا هذا ولابي حنيفة
ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله
بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحق فيه
فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان الولي لو قال بعد
السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم
يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي
القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود
فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن
نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة لم يقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع
ذلك والجواب ان المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقته كما يقال عصير
مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق
للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا الامر جبلة من حيث كونه قطعا جواب
عن قولهما والقتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى
تبين ان القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى
القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى
قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهي العفو
عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية ونحوها
وهي في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان
القطع خطأ والثاني ان العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين
احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفوا
عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش الشجة
لا غير اذن اي اعلم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يده رجل فعفا
المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية
ثم الدية يدل على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق والاحكام والجواب
انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله اذا كان القطع عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة
ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه فمرض بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان
ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان القصاص موروث
بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت فحكم
التبرع يسكن الموصى له يوما والورثة يومين اذا لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له
والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف

نعم تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة
وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد
موت المورث لكن يثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان
تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنيا انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو
المال فلم يتعلق به التصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق
به لكنه موروث لان الارث خلافة في نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولاية حقيقية
او حكما فيما له او حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا يختص
بالمال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك
كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز
ان يستعار للمطلق وعن الثالث بان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من
الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل
باطلة فيجب ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يعقد وصية لكن سقطت الدية وانما عنا
المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز
قال رحمه الله واذا قطعت المرأة يد رجل اي اذا قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على
يده فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم
مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث
منه لانه لما برئ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل
والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ
او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها
عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان
التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير سقوطه
فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الاولى والقصاص
يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلته سقط واما
باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء
القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار
وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة الاف درهم
فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها
فان قيل قبول التزوج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب
بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف
واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد

والقياس

العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب
لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا ترد من عليه الفضل
على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين
انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولم
يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط
التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها اي
لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي للعاقلة
ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين
يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة قال رحمه الله
ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلامه واضح وحكم ما ذكره اذا مات المقتص منه من القطع وحكم
الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما يجيء
وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى الكلام
فنقول انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل
التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا
اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما
ضمنا اليد وكون القطع غير القتل لا ارتياب فيه لاحد وليس اصل المسئلة كذلك وانما هي بناء
على انهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجابهما البراءة له
بمنزلة الضمان عليه غصبا كما لو شهدا على رجل انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعا وقوله
وانما لا يجب في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله
وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني ان ما كان ملكه للقصاص
ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاث وهي
استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يبيح التصرف في القاتل بغيرها والقطع
مقصودا غيرها فيكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله فاما
قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص
لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم
يعف وما سرى جواب عن قولهما او ما عفا وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا
يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما
وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم
تمسكوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه
اذا عفا عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل

وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله
والمأمور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة
يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في المسائل بالفعل
اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غير الامام من المسائل
يعني ان البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف
السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو
مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة
فاشبه الاصطياد ولو رمى الصيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين
هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي
او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة
منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلاثة الاول حصل
سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء
فكذا اذا اذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف القصاص
له فانه يتعلق بالملك دون الاذن لما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان
تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من
الابتداء ولو قتل ابتداء وهو القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا
اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة
فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب
فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين
يكون لابيهما على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس
لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك
بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا لما ذكر والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث
فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب
قد تحقق في حق كل منهما كالدين واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة
وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على
ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ
منه وصاياه ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب
يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص
لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله

بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة
فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقهما الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين
فيعيد الغايب البينة بعد حضوره وهذا انسب بالقواعد الفقهية فان المحل محل الشبهة فيحتال
وقوله فان كان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل
قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما
معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا سيأتي فيه الاقسام العقلية لانه
اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذباهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه
او بالعكس والمذكور في الكتاب اولاها ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا كما ذكر
في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاه جميعا ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية
لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه تبع صدقه
الشاهدين فيما شهدا انه اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما
القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب وقوله
وان صدقهما المشهود عليه وحده وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له
بذلك و في بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء
لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه
وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص
سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبهما مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد
زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيحول اقراره بذلك عنه الى من اقر
لاجل بالقصد هم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصارت الالف لفلان فكذا هذا
قال رحمه الله واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا
قول المصنف احترز به عن الخطأ قال وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح لانه اذا لم يكن
كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن
تحتمل خطأ فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بسلاحه فقد شهدوا انه
قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدوا انه قصد ضرب
غيره فاصابه قيل هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا
نعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف وقوله واذا اختلف شاهدا القتل
ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس
اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة
قوله فان شهدا انه قتله واضح وقوله لانه يحمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة التجنيس التام
كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى القيامة
والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان

الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق
والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم حملوا عالمين بانه
قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل
كذبهم هذا معفوا عنه لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فينمي ولم يكن كذبهم
لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله واولوا كذبهم ظاهرا ورد باطلا قصدا اي بتجويز الكذب
وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين لما ان العفو
مندوب اليه هاهنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك واردا هاهنا وقوله
فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع
الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره
في الباقي فان من اقر بالقصاص وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف بقي الاقرار فيما صدقه
وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به تبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له والفسق
يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به بطل الاقرار
لانه رد لا اقرار وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن للولي ان يقتل واحدا منهما
لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلته وحدك وفي ذلك
تكذيب للآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كان من الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد
المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه
لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضمان لان من اخرج المتقوم عن التقوم اسقط
حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار
به مبرئا كما اذا ابراه اي الرامي عن الجناية او عنه بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان
يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وهو اي الرمي متقوم
فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت
الرمي بالادمي صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصابه فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة
وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فلو كفر بعد الرمي قبل الاصابة
فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قال المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار
وقت الاصابة هنا بالكفارة قيل اذا كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص
اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار
حالة الاصابة ووجبت الدية في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعا ولو
اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا

ينقلب

ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وتنقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم
ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل
ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه
ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد عليه فضل ما
بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا درهم
لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الانتهاء
العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان
العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت
السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك
اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا له الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب
ابي حنيفة وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل
الاصابة حيث اعتبر هنالك حالة الاصابة وهاهنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد
من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي
العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد
وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكره محمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية
وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة
تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس بمؤثر في شيء لعدم اتصاله منه
في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يختلفا الانتهاء والابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حال الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والله اعلم بظاهر
الامور

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات لظاهر المناسبة
لان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم وكانت
محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس
كالعدة من وعد قال رحمه الله وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه
وحكم الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق
رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
الآية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزئ فيها الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية من وجهين احدهما بالنظر
الى الفاء وذلك لان الواقع بعدها الجزاء فيجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن لكان البعض فلا يعلم انه
هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله بقول الرجل لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته
ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور
يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان

على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزئ فيه رضيع احد ابويه مسلم لانه شرط هذا الاعتاق الاسلام
وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثاني بالظاهر اذ الظاهر سلامة
اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته وسلامته قال وهي الكفارة في الخطا الثابتة
يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة
وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة
وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحوامل من النوق فقوله في
بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا
ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان
دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك انما يكون بالتغليظ فيما
قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس
المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه الصلاة والسلام هذا وليس فيه
دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة
في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون
حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود مثل ما قلنا ارباعا ولو كان
الامر خلافه في التقادير كان كالمرفوع ويصير معارضا لما رويناه واذا تعارضا كان الاخذ
بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير
على عشرة الاف درهم او الف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوعين
الاخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطا والى قيمة اسنان
الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطا يزاد على عشرة الاف درهم ان كان الرجل من
اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل
لزيادة جنايته وجرمه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ
فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه
باب التغليظ لان عمد الانسان وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار
الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بيناه
قبل يعني في اول كتاب الجنايات قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا
قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد اجمعت الصحابة
على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي اخذ بقول ابن مسعود
دون عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطا اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود

وعن علي

وعن علي انه اوجبها ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون
وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما
قلنا اخف فكان اولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور قوله غير ان عند الشافعي مستثنى و
من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه
ما ذكرناه انه اليق بحال الخطا وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف
درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اي الفضة اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ان عمر روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف تاويل ما ذكره
الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل
عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
بعشرة الاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني
ان وزن ستة يربو عليها اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول
ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة
ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في اخر عهده صلى الله عليه وسلم بعض من الدراهم
وزنه سبعة ايضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل
ان الدراهم كانت وزن ستة الاشياء الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا وقوله ولا تثبت
الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها اي من هذه الانواع الثلاثة يعني الابل
والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون
درهما قال المصنف كل حلة ثوبان وقيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا
قميص وسراويل وقال فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على
اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز الصلح
على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز الصلح على اكثر من مائتي ... من الابل وقوله لان عمر
هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني
قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم
وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى
اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل
مائتي حلة ولابي حنيفة ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية
ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء ما وجب ضمانه بالاتلاف وغيره فان قيل في الابل كذلك اجاب بقوله
والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة وجدناها وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق
بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل ... في معاقل المبسوط

اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة
ووجهه وروده ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الف شاة او على
اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف
الثلاثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب عنه بوجهين احدهما تقرير الشبهة ونفي
الخلاف ولا ادري صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما رايتنا والثاني يرفعها بحمل رواية
المعاقل على اتفاق قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسألة عنه روايتين **قال**
رحمه الله ودية المراة على النصف من دية الرجل • دية المراة على النصف من دية الرجل وقد روي
هذا اللفظ موقوفا على علي ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في حكم المرفوع اذ لا مجال
للراي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي
الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل
الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سواء فاذا
زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا فيقول الحق
اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه والصواب ان يقال اعتبارا بها وما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال
في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في
النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقه
يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف واحتجوا في ذلك
بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وعما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن
المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشرة من الابل قلت فان قطع اصبعين منها
قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع
اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها
قال اعراقي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وروي ان
الشافعي قال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه
ما روينا رضي الله عنهم ولان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها
اقل لانعدام تمكنها من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا
في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه ولانه يلزم مخالفة التبع الاصل
والمروي شاذ ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بانفاذ النادر وقول سعيد
ان السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام
لما خالفوها **قال** رحمه الله ودية المسلم والذمي سواء • دية الذمي كدية المسلم رجالهم
كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوصل الذي ذكرناه واضح وقد استدل
للشافعي بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان
فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم

لا تتكافأ

لا تتكافأ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنتقص الدية فبالكفر
اولى ولان الرق اثر من آثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر الموجب اولى والجواب عن الايتين
ان المراد احكام الاخرة على انهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق
فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة
وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية
فان المراة لا تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم
في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي
يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لنا في المسألة الا ما روى الزهري
ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان
فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي لشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في
المسألة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع
لها وهو ما دونها **قال** رحمه الله وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعاده ذكر
النفس في فصل ما دون النفس تمهيدا لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوائل الجنايات
ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح رجل ومنه قوله
عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة
الانف وهو ما لان منه كما لا ان في البدن عضوا كان وهو مقصود كما يجب باتلافه كمال
الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو ازواج كالعينين
والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المراة والانثيين والرجلين ومنها
ما هو رباع كاشفار العينين ومنها ما هو اعشار كاصابع اليدين والرجلين ومنها
ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لانه لو لم يكن الكامل
لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس وآلة
الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب
القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما
فيه حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه
وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي على ما اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تتشعب فروع كثيرة فما كان جنس المنفعة
او الجمال قائما بعضو واحد ففيه اذا اتلف كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي
كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان

قائما بنشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما بالكف ففي كل واحد منها نصف عشر
الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف مما تتعلق
باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء
والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام
والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اتيان حروف
يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل فامر علي رضي الله عنه ان يقرأ ا ب
ت ث فكل ما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا
يدل على صحة القول الاول وبه صحح شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر
الى اللسان ان تهيأ تبعية اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ في الحقيقة
بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس
فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على البتات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل
الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك تعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع
ان يتغافل وينادى فان اجاب علم انه يسمع وحكى الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امرأة
تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت
وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوح
العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي
انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع
بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منها منفعة
مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب
الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وعلى هذا سيذكر
ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت اولى فلنفي
الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه ما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة
الى قوله لانه تفوت به منفعة الجمال قالوا لو حلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة
الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق عند ابي حنيفة
وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين
اي المرتفعتين وصفهما بالدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيهما كمال القيمة هو رواية الحسن عن
ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب نقصان القيمة
وقوله هو الصحيح احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويتعلق
به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما تجب الدية في حلق الراس واللحية خطأ فكذا
اذا حلقهما عمدا وصورة حلقهما خطأ ان يظنه مباح الدم فحلق لحيته ثم ظهر انه غير مباح
الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان واجيب بان

القصاص

القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص او دلالة ولا نص في الشعور وليست
في معنى المنصوص وهو الجروح لان الجناية في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم
فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يلحق الحالق بالمنصوص
دلالة كما لا يجوز قياسا قال رحمه الله وفي العينين الدية الاصل الذي ذكرناه
في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل
ان يراد الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا للتخطئة من خطأ محمدا في اطلاق الاشفار
على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعر التي
عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل ان يراد به الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل
وارادة الحال ويحتمل ان يراد به الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت
جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
يعني ان عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل
كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله والاسنان والاضراس كلها
سواء قال فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس
كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان
المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها
انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن
من كل جانب ثلاث فوق وثلاث اسفل وبعدها وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه
ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء
لعود الضمير الى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه
كلها كانت عليه دية وثلاثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في
البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من
فضل الطواحن على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المتعلق
يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل
لا نسلم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في
فحلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه
اجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع
الا ترى انه اذا قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم
تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا
كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت
جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة
قيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهو قول

بالحكومة **فصل في الشجاج** لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وكانت مسائله كثيرة فخصه على حدة ذكره **قال** رحمه الله الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم او لا الثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار او لا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم او لا والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم او لا والثاني هو الباضعة والاول اما ان ظهرت الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم او لا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر على اظهار العظم او لا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم او لا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ او لا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فعلم بالاستقراء بحسب الاثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح **قوله** ولا في ما فوق الموضحة يريد بها ما هو اكثر شجة منها وهي الهاشمة والمنقلة والآمة **وقوله** فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر به قدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على رواية فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة **وقوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن **وقوله** وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم يرجع الى ماخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطع **وقوله** واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن **وقوله** وقد يتحقق فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فتعتبر العبرة للحقيقة **وقوله** ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثلا لو كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعماية علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضيخان والفتوى على هذا **وقوله** ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلاثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو

الاصح لحديث علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد **فصل** لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل **وقوله** على ما روينا اشارة الى المحمول ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الماخوذة **وقوله** ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا الا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شي مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد بها مفصل الزند كما في آية السرقة **وقوله** وان قطع الكف من المفصل واضح **وقوله** والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الملصق وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي شي من الاصل وان قل فلا حكم للتبع **وقوله** في الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطا وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيم شرط جريان القصاص ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيم واما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيم يقينا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيم والقيم تعرف بالحزر والظن فلا يتيقن بها **ثم** **وقوله** لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة **قيل** عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة وان الها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءا من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به **واجيب** بان الجزء من الآدمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا يوجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وكذلك السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامرأة شغواء اذا كانت له سن زائدة فهي نقصان معنى **وقوله** والظاهر لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يجزيه عن جهة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع **قال** رحمه الله ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه فهذا بيان ان الجزء قد يدخل في الكل قوله فصار كما اذا اوضح

فانه يعني من حيث ان ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم او من حيث
ان العقل ليس فى موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب
بفوات جزء من الشعر ليبان ان الجزء يثبت وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة
ليبان ان الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية والعين مفتقر اليه لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا
يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب
الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده قوله وجوابه ما ذكرناه قبل
يعني به قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب
واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال فى
النهاية ذكر ابي يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا للروايات جميع الكتب المتداولة
فينبغي ان يذكر محمدا مكان ابي يوسف كما هو فى الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط
وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا
يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص فى الشجة
والدية فى السمع والبصر وقوله وجه الاول هو ان ارش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب
السمع والبصر والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع
الاعضاء وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مبطن قيل يراد به الكلام
النفسي بحيث لا يتيسر فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فانه كان المراد ذلك كان الفرق بينه
وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات فهو جلي بسطا
نظرا وقوله وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي فى العينين والارش
فى الموضحة وقالا فى الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ وينبغي ان تجب الدية فى العينين وقوله
لهما فى الخلاف فيه اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب فى الموضحة القصاص
وفى العينين الدية وله اي لابي حنيفة ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تحل قصاصا قد لا
تكون سارية اذ ليس فى وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان
الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حال الشج وكذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه
لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية لم توجب قصاصا بالاتفاق فيورث الشبهة فى البداية
نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى
غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاول وههنا
ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق فى شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا
وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع
اخرى فقطعها يقتص الاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني انما
يورث الشبهة فى القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله
لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال

فى النهاية ان فى قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره فى الذخيرة انه مقصود
ولكنه ليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين
بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقالا ولو قال وقالا وزفر تركيب
غير جائز ولو قال وقالا فيها وزفر كان صوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا
يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الحاجز وقوله انه يجب القصاص فيهما اي فى
الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع
منها فاوجب القصاص فيهما فى الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على
رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فانه ذهابه اذا كان
بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف الحكم فيه الاخيرة يعني قوله
وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله الا ان الشجة بقيت موجبة فى نفسها حتى يجب
ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص فى الموضحة والارش فى العينين عندهما
وقوله فاتلفتا اي صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة
ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية ابن
سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم
من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا يجب حكومة عدل
قوله ولهذا يستأني حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال فى التتمة حتى يبرأ موضع السن
هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر واما الظاهر
ما قال المصنف لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان
فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر فى نباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه
قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا لا يستأنى حولا فى قلع سن البالغ والصغير
جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم فى الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع
وقوله فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب
آخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله
كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا فى ذلك اي فى سقوط السن بعد السنة
وقوله سنبين الوجهين اي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب
الارش يعني كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا يسود منه ولم يفصل
بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب
ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر فى وجوب كمال الارش فوات
منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت
مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب

كمال الارش وعندا خرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال
على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص
فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان اصلا فكان مفوتا للجمال
على الكمال اذا كانت بادية **قال** رحمه الله ومن شج رجلا فالتحمت كلامه واضح
وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا
وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى اخره جواب عن قول ابي يوسف فالالم الحاصل
زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب
كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهة
كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله
ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرح
فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط
الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد
وقوله لان الجناية من جنس واحد لكون كل واحد منهما خطا وقد تقدم اقسام هذه المسئلة
وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضح وقوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء يعني لا بعقد عن
بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكر
لبيان خلاف الشافعي وقوله لا يستحق الى زيادة يعني المعجل فانه زايد على المؤجل من حيث
الوصف في المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع وما
لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله
صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا وقوله عمدا اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا
تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله
ويحرم عن الميراث على اصله اي تثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل
الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فيعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا المتخلف
عنهما اصل حكم القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في مال الاب اصل
ذلك

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر
الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد او امة
ليسمى غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف معناه اي معنى قوله
نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة
درهم لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر ان لا
يجب شيء لانه لم يعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك
فان قيل الظاهر انه حي او متعد للحياة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في

في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فترك القياس
بالاثر ويروى ان الامام المجبوز ان زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيغرم عبدا او امة فقال
السائل ولم والحال لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب
دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل اعتقتك سايبة
فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر فخاصمه بمثل
ما خاصمه السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل
وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس
كما ذكرنا انفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الاخر والحديث المروي دليل واضح على ان
الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا
يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمسمائة
درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد
بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة
على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليله
لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار كقطع
اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر مخاطب من الودي وهذا الحديث حمل
بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن
صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها انديه
من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام اسجع
كسجع الكهان وفي رواية دعني وراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص
على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية
على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت
ما يرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو انما كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر
هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير
صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان
اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح
ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف
اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين صورته ان يشترك
عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث
سنين على ما يجيء في المعاقل وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة بانه عبد

وامة قيمته خمسمائة لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد او امة
قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى وهو الحاقه
بالجنين تثنية الحي الولد بين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر
والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الادمية في المالكية فان الذكر يملك
مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الادمية
وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا ثم مات
اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين
من الام اما ان يكون في حال حياتهما او في حال مماتهما او في حال حياة الام ومماة الجنين او على
العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه
بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال انه لم
ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة
في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس بما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه
الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب
انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا ابتداء
ولا دلالة فيبقى على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان **قال** رحمه الله وما
يجب في الجنين موروث عنه كله واضح وقوله وفي جنين الامة يعني في جنين الامة اذا كان
ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى
وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته فيجب
نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه
لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضارب الجنين ووقع النزاع في القيم فالقول للضارب لانه ينكر
الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله لانه ضمان الطرف لانه يجب
عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبتت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا
بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية الجزئية
فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف وهذا غير ظاهر الرواية عن
ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول
ابي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما
في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة
الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا لحالة التلف اذ الواجب في تلك الحالة
ايضا قيمته حيا لما ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة قوله لما بينا يكون قيمته
مضروبا المكونة غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته
مضروبا ثمانمائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا يعني في

جناية

جناية المملوك والجناية عليه في مسألة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك
وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة
وهو الجنين لان القياس لا يجري في المقدرات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق
بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح **باب
ما يحدث الرجل في الطريق** لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا
والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه **قال** رحمه الله
ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو
البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرصة بالفتح
الناحية قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزلة اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه
المسألة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمذكور في
الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع فان فيه خلافا بين العلماء قال ابو حنيفة
لكل واحد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن
اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل
احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه
مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب
قول ابي حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك اما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام
فلا يخاصم احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي عجل يريد
ان يجعلها في يده نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده
من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب
وقوله ويسع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار
بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان
غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب
الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر
الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد
تستد منافذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى
يدل الدليل على خلافه وقوله على طريق اي غير نافذ سواء كانوا مستأذنين او لم يكونوا وقوله وان اشرع
في الطريق روشنا وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله بما ذكرنا في اول الباب يعني
الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا
ضمان على الذي علق به لانه معذور في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب فهذه
المسألة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك

او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل
حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة
والا لساوى المالك غيره كما في الرمي وقيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمولها الوجوب
في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد
الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له
ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا
للاحوال يعني يعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل
فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله اشرع جناحا
ظاهر وقيل المشتري ايضا متعد بتركه الرفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان
القتل اما المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق
ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب فاستشكل
ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقضه حتى باعه الذي بعد
ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه
انه صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة
مخرج الجناح بشغله هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجمر قيل
تلويح المراد الريح انه هبت بشررها فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع
الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله قيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو
اختيار شمس الائمة السرخسي والاول اعني الطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني
وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استاجر رب الدار
الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري
فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل
او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا
به عليه كما لو استاجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع
به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم
ففعلوه فسقط واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا
واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بالعمل مباشرة
بنفسه وقد عملوا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره
له فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان
هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة
غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان
على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا

واظهار

الظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح
من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله
لانه حق الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء داره وبالنظر الى هذا كان امره معتبرا
ورتب فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد
بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب
والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات
السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة انما صلحت
لاضافة الحكم اليها لبطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل
ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فيعقل
اي تشبث وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان
الفناء لغير الآمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب
الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسبه انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا
ليحفر له بيرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به
فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير
لم يعلم بفساد الامر **قال** رحمه الله ومن حفر بئرا في طريق المسلمين • كل ما يتخذ
والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها
على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله
وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعل بامر من له الولاية في الدار لم يضمنه ولو فعل
بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف
والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم
يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذلك ان حفر
في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام بحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفر
في ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا حفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه
وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر بالمارة او اذن له الامام اما
اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو انه يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين
او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه
جوعا او غما اي اختناقا بالعفونة قال في يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكظمه
واضح ولا يتوهم من تقديم قول ابي حنيفة انه رجح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقيه [illegible]
الاديب انه لو حبس رجلا في بيت حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع
لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان وقوله
وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير

مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء على الاجراء لانا الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وللناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا كالامر بذبح شاة ظن فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للمغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه ولم يكونوا مغرورين فيبقى الضمان عليهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر ليس نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الامر بإشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بان الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظاهر وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الى آخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال رحمه الله ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كل ثم واضح قوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعدٍّ اما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر واما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان البناء في موضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان في الضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تحتمل الاحالة وقوله وهذا اللفظ يعني قوله فعطب به فيصير ضامنا من يشتمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه او تلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بيّن وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موته لا لانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد عما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد

والجوالق والدروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعل باذن واحد من اهل المسجد وقوله لنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرر الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطا الطريق فان شرطها ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال رحمه الله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني ينتظرها او نام فيه في اثناء الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف هو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكلف لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذه الامور كلها والجواب ان قوله وان كان في غير ضمن لفظ الجامع الصغير ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيانا لذلك فهو على هذا الاختلاف تفصيلا لاتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رايت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما يبنى للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله وانه عاكفون في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلاة لان المسجد موضع السجود الا ترى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ان يزعج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولاجل ذلك لما ذكرنا من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضروريات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع له الاصلي وما الحق به والباقي واضح

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجناح والكنيف عن

ألحق مسائل بها في فصل على حدة قال رحمه الله واذا مال الحائط الى طريق
المسلمين اخذ الشافعي في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا
استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين
والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كالرمي
الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله
ويتحملها العاقلة قال محمد ان العاقلة لا تتحمل حتى تشهد الشهود على ثلاثة اشياء على
التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده
ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق
لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا
يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذاك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب
الحق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ان مال الى الطريق وواحد من
اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من
له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باعارة او اجارة فلم ينقض حتى سقط
على انسان فلا ضمان على احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحب
الحائط انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء كفعله
فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل
لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي
اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد انتهت
بالبلوغ وصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي نظرا
له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا الى اليتيم
والواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة
النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا
يهلك به شيء فكان ترك النقض انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عتق العبد يعني يباع
فيه كما يباع في ديون تجارة وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكن
الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه منفك الحجر عنه في اكتساب سبب
ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول
ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على
العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهة الاذن
انه لو ادعى انسان حقا في دار بيده ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى
من وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند ابي حنيفة للمولى ان يستخلصه بقضاء
الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما

الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد
لانه كالحر فيه كما مر وقوله ويصح التقدم الى واحد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه
بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه مذكور
في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم
تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم
يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر
عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب
لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول فيه
مفوض الى الاولياء لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح
في الطريق فتعثر انسان بنقضه فمات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا
على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه
بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق
ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف
مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل هو جناية
لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة
وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق
القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت
يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان
عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدث في ملكه سواء كان الحائط مائلا
او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليهما اي فعلى كل واحد من حافري البئر بالحائط وقوله
ولابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق
القدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك
وهو القليل اي ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة
فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا
ترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فبترك الاشهاد
في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال
لهما اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر
مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا
فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان
الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح
الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية بعضها الى البعض واذا اضيف

الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فيجعل غير المعتبر تبعا
واحدا وان تعدد ذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية
الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيانه قوله لما اوطات الدابة يعني
لما وطيت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا لا وطأ محذوفين وتقديره اوطات الدابة
يدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي ويمنع وقوله ما اصابت بدل من قوله لما اوطات
الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشي
بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشي
اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان تكون في ملك
صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا
متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان كان الثاني لم يضمن صاحبها
واقفة كانت الدابة او سايرة وطيت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما
ان يكون سايقا لها او قايدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه
كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة
فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها
في ملكه وان كان الثاني وهو تسييرها فان وطيت بيدها او رجلها يضمن وان كدمت او نفحت
بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف
لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانها وطياه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان
او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها
صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان
وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سايقها او راكبها او واقفة او
سايرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك
غيره باذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلف في الوجوه كلها
بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سايرة
فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فاما ان سارت بارسال او انفلتت فان كان الاول يضمن
ما اتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف
وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها يضمن
ما اتلفت راكبا كان او سايقا او قايدا الا النفحة بالرجل او الذنب لانه مباشر او مسبب
متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف الراكب ضامن لما اوطات الدابة
الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب لا يستقيم
في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا

كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي تبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور
في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
لكونه مشتركا بين كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه
لما يترتب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره
فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي
الحجر مطلقا فقلنا باباحته مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله
والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو
المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانهما في ايديهم وتحت تصرفهم
وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمار جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورة
السير لكنه مثله فيكون تصرفا في الدابة فيلتحق به ووجهه انه اضر منه لانه اي الايقاف
ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسايق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين
احكام السايق والقايد وقوله والمراد النفحة اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما
فسر بذلك كيلا يتوهم ان المراد به الوطي فانه يوجب الضمان على السايق والقايد بلا خلاف
لا حل فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد
الدابة عن المتلف او بابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله
ما ذكرناه يعني قوله ولا يمكنه التحرز وقوله وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله
ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطي مضمون بالاجماع وقوله
وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على
الاكراه ولا يكاد يصح لان هنالك الانتقال بتخويف القتل وههنا بتخويف بالضرب فلا يلحق
به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان
سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف
والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار وانما
برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شي وقوله
لان كل ذلك سبب الضمان يعني لان كل واحد منهما بانفراده عامل فيه لا ترى ان السوق لو انفرد
عن الركوب اوجب ضمان ما تلف بالوطي ولكن الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق
في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر
اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع
الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل وتخلصه فانه من مظانه قال رحمه الله
واذا اصطدم فارسان اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين
حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر في

وان افضى وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي كلا الوجهين فتعارضت
روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى
اخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ايضا ان يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت
جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا
والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البير بمشيه فلكونه فاسدا اعرضنا عنه والثاني انه
في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكرناه جواب عن المسايل المذكورة في جهتهما وذلك لان
الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفايدة فسقط اعتباره
الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه
فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير تعرض
اصلا في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الاخر كمن مشى حتى سقط في البير من الحافر فانه
السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين
في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكره
في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فياخذها اي قيمة العبد
ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا محالة والورثة
يخلفونه والعاقلة يتحملونه ههنا موجب جنايته فما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم
كما قلنا في امراة قطعت يد رجل خطا فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا
ويسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع
وارثه فبالنظر الى ان المستحق اولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره لا يسقط فلا
يسقط بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وساير الادوات
كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه
وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل
على نسق واحد والجمع قطر وقطارات واضح قال رحمه الله وان ربط رجل بعيرا الى القطار
رجل ربط بعيرا الى القطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القايد او لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ
المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لامكان تحرزه عن ربط البعير فاذا ترك ذلك صار
مسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القايد بما ضمنوا
على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة
حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط الا ان العواقل تتحمل عنهما واعتبر في الجامع
الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القايد صح عليه الربط
فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليه بشيء فلم يتكرر لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان
عليهما ابتداء ظاهر وقوله قالوا يعني مشايخنا لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ
قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل

قيام

قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكر في الكتاب وقوله
ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقها ان يمشي خلفها
ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل
السايق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل
صيد الحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن لها طريق سواه اي سوى طريق
اليمنة واليسرة بان كان على الجادة مثلا او وقف فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال الحالي لم ينعطف
يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذا اي وقفة
الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله
بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة وتبين به
الفرق بين الارسال من كلا بتي بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره
اي فور الارسال ومراده لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال
وقوله وقال محمد هي المنفلتة اي العجماء التي اهدرها النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لان التي
ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا انفا فكان تفسيره احترازا
عن الاجراء على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية
كان من حق الكلام ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة لان
السوق والقود لما كانا اختا لاخا للارسال لكان للارسال اختا ايضا ولا يلزم جعل بعض
اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس ههنا نوع معنوي يحكم
بما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال رحمه الله شاة لقصاب فقئت عينها
الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى
وهو يؤنث وانما قال وجزورا ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليبين ان البقر والابل وان اعد
اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه
ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي يجب النقصان اعتبارا بالشاة
عملا بالظاهر ولكنا ما روى حارثة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب
ذلك وروي عن عمر انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه
وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير الماكول من الحمل والركوب
والزينة والجمال والعمل موجود فيما يؤكل لحمه فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى
اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان
المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله ولانه
انما يمكن اقامة العمل بها دليل اخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول لان العينين لا
يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص
وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو

الطعن ومنه نخاس الدواب لدلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لانه
مباشر وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فانه لم يختص بعض الاتلاف من الشركة فالجواب
بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان
الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس
لكونه الحامل على ذلك ملجيا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت
الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب جزاء
المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال
النخسة اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشايخ وهما لا
يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس
وهو ماذون له كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير الماذون بذلك
متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد في تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لان الراكب
كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد
استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء
لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفحة بالرجل او
باليد والصدمة فكانا متسببين ومرجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح
ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل المصنف
فاعتبره موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله
لما بينا اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه
وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على
الناخس فقط حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان
هناك على ما قلنا وقوله والثاني اي الوطء مضاف الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق
مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله فيضمانه بينهما
اي الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتناوله من حيث انه
اتلاف لوجود انفصال السوق من الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله فيقتصر عليه اي على
الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب
سوال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان
ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط
في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى وجوابه ان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس
بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء
ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار
كما اذا امر صبيا يستمسك الخ قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد الا على الصبي

فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها ولكن
لم يضف سيرها الى اصله كانت منفلتة وفعله جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني
رقيقا بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى والباقي ظاهر الى آخره

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية
عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال
العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر جناياته عن باب جناية البهيمة لان جناية
البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق والقائد وهم ملاكها قال رحمه الله
واذا جنى العبد جناية خطا اعلم ان التقييد بالخطا ههنا مفيد في الجناية في النفس لانه اذا
كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعمده فيما دون
النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين
العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه يعني بعدما اثبتناها
فانه لا يقضي على المولى بشيء حتى يبرأ المجني عليه باعتبار الجناية العبد بجناية الحر وقد بينا
انه يتانى في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء
قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده
الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا
يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفدا وقوله والمسألة مختلفة بين الصحابة
فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي
عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاؤهم
في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين في
ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى دينه لذلك ضمان الجناية
وكما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطا يجب الدية
في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي دل على صحة هذه النسخة وقوله
ولنا ان الاصل الى آخره ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسألة مختلف فان حكمها عندنا
الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل ونحن على اصل فمن
اين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته
كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل
فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته
صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب
في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل الظالم ليس
نقيس على اصل يبطل بما يبدى الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على
المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد او الخطا والاول مسلم ولا

ولايفيده اذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج
ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب
وقوله الا انه يخير استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان يخير
كما في سائر العواقل ووجهه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان
في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى
واحد فالظاهر اثره فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب
الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل
لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في
مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينتقل الى القيمة ولما كان
كون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح
احتراز عن رواية اخرى ذكرها الكرخي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب
بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو
الارش على المولى وله التخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن
الحسن ان الواجب هو العبد قوله بخلاف الحر الجاني جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه
آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في انه تجب
عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد **قال** رحمه الله فان دفعه ملكه ولي الجناية
فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما
الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر والتاجيل في الاعيان باطل لانه انما
شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع
قام مقامه ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى
ان المال قد يجب بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق بحق الموصى له وان المال
ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بانه
الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان من خارج
وذلك يقتضي كون الفداء كذلك وكذا اختيار المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي
كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم
فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال لموافقته بين الاصل والفرع
وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق
الاصل الفرع الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير
الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له
بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا
شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس ضرورة تمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون حالا

لايقال

لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر
رضي به وقوله على ما بينا اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الخ وقوله وان مات اي
العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب
بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدها قولا لم يتعين
وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين
قولا وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله لان تعلق الاولى
اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن
فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون
اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد
منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء
حكما فان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدر
ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر
العوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني وقوله وعلى
هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا موضحة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب
الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة
نصفه لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجنايات المختلفة يعني
فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر لان كل واحد منهم وقوله والحق يجب
للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين
فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسألة مثل الاولى ووجهه انا لا نسلم ان المستحق متعدد بل
هو واحد لان الحق يجب للمقتول الحاجة لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت
حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الورثة لان ملك الميت اصل
وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال** رحمه الله فان اعتقه المولى وهو
لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه تصرفا يعجزه
بالتعجيز عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا وان لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن
الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله على هذين
الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية
فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة
او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة
فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للفداء
مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته فيصير به مختارا لما ذكر في الكتاب
قال في المبسوط وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل

من قيمته ومن ارشها الى آخره وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه
ينتظم النفس وما دونه وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك
لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه هنا وقوله
بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما
لان الملك ما زال قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع
والبايع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع
بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفدا واجيب بان ثم ضرورة لم تتحقق هنا
وهي انه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعين الفسخ
في الاولى وتقديرها الاجازة في الثانية واما هنا ولو لم يجعل مختارا للفدا بهذا التصرف لم يلزم
بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده
الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفدا لان موجبه ثبت بنفس العقد وهو تعليق
العتق بالاداء وكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قيل يعني
في اختياره الفدا وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه
حتى صار مهزولا او قلت قيمته بسبب اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس
جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم
ان ياخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان النقصان حصل بآفة
سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطيها يعني يصير مختارا للفدا وان لم يكن الوطي معلقا
لما قلنا انه حبس جزءا منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارا للفدا لانه لا يعجزه عن
الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار
الفدا كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا
لم يثبت به اختيار الفدا وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب
يثبت اختيار الفدا كما لو ضربه على ترديها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار
الفدا لانه فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطي الثيب فانه به لا يصير
المولى مختارا للفدا ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينتقص من عينها اعلاق وقوله في ظاهر
الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان مطلق الوطي يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان
الوطي دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار
فان الوطي هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا اجيب
بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطي حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين
العقد ولهذا يستحق زوايدها فيتبين ان الوطي حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا
وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها
فلا يتبين ان الوطي كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني عالما

بالجناية

بالجناية لا يكون مختارا للفدا حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص
بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنتقض
بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء
الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلم يجعل
اختيارا للفدا قوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة
والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا
يكون به مختارا لان الاذن لا يعجزه عن الدفع ولا ينتقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله
لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه وولي
الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله قال رحمه الله ومن قال لعبده ان قتلت
فلانا ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل الذي يقول له ان قتلت فلانا او رميته او شججته
فانت حر فهو مختار للفدا ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفدا انما يكون بعد الجناية والعلم
بها وعند التكلم ليس بشيء منها بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد
بالمسئلة المذكورة في الكتاب وقوله ولنا الظاهر وقوله لانه حرضه دليل آخر ومعناه ان المولى
حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط
وهو الحرية والظاهر انه يفعل رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية
لانه لو علق بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان
المولى لا يصير مختارا للفدا بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق
بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا
بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك
لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله وصار ذلك يريد به
بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق لانه اذا لم يعتق وسرى تبين ان الصلح اي
الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء
وكان الدفع بمنزلة الصلح المسقط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم
جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد ولما سرى تبين ان المال لم يكن واجبا وانما
الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح
وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجب من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا
يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطيها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة
لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح
الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك بمقتضى الاقدام على
الاعتاق ويجعل الولي ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل

كان يكون عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود الحال
لو نص على ذلك ورضى به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء
واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى
والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل قوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام
وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اى كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا
الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى
بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعنى وان لم يعتقه
رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين العفو والقتل وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا
قيل اى الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع به وورود الاشكال
لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة
فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح بل بطريق
الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل
هذا الوضع اى وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا لانه فيما اذا عفا
عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب القصاص
المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الجواب
جميعا على القياس والاستحسان يعنى وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس
وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص
فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق
وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر
فيصح العفو ظاهرا وتبطل به الجناية لذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد ذلك وان بطل العفو
بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية
بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه واذا
اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل قوله وهو قوله لانه اقدم على الاعتاق يدل على قصد الاداء
وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعنى اذا كانت القيمة اقل من الارش
وقوله تلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون ...
مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان
ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع
الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد
اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفدا فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء
كان لاصحاب الجناية وانما بدأنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية يجب
موفى بالدفع ثم يباع بعده لاداء الديون ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية

لانه

لانه يجدد المشترى الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بعد الدفع
واجبا اجيب بان فيها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان
اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا
وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم
وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم
العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت
الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب
الارش دون القيمة وقد مر وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في حق الاقوى يعنى
المولى يعنى حق الدفع لانه دونه اى الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال
رحمه الله واذا استدانت الامة المأذونة لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها
وبين ولادتها بعد جنايتها فان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف
حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا عن التصرف في
رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسرى الى الولد
كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفدا وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها
حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع وهبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل
الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسرى الى الولد لكونه وصفا غير قار يحصل عند الدفع وقوله والسراية
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يتصور ان ينتقل
الى غيره واما الوصف الشرعي فيعطى له حكم اعتباره فيتحول بتحوله ولمعترض بوجهين احدهما لا نسلم
ان دين الامة في ذمتها فان المولى اذا اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل
مديونا انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش
المستحق بجناية جنيت عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لان ولدها جزؤها والارش بدل الجزء
لذلك فلما لم يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسرى الى ما ليس بجزء منها واجيب
عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا
واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان
قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله
من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة ولا يقال
هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هنالك لاقى محلا مملوكا للاستيفاء
من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت مخلص معلوم وعن
الثاني بان الارش بدل جزء منفصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها
فاذا ضمنا لاجل بعض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها
الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل

عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية
قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابرأ العبد يعني من كل الدية لا
من قسط فيها وابرأ المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا
للفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد
بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة قوله واذا اعتق العبد يعني اذا
اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الآخر بل قتلته
وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او
فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي
ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وهنا
هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول قوله
يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان **قال** رحمه الله ومن اعتق
جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان
ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عملك
وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو
كان اقر باخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه
مجمع عليه بناها محمد على الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه اقر بيده اي
بيد الماخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر
فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله وهذا
لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطي
والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة
لا يجب الضمان عليه فحصل منهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرها
فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك
براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد
وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف
ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين ولا
العدول الى المال الا بقبيل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص
كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفقا العين بالتعويض لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل
المذكور واجيب بان المراد فقا ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله ولذا
يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن لبيان لم تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره

بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا
الينا فقال له المسلم اخذت مالك وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا
قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه
قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه
فلا يسمع الا بحجة والحاصل ان هذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو
ما اذا اخذ الغلة او وطيها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها
مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا
على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان توجب سقوطه عن المقر به
والآخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج
على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث
خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله
على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة
اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء وقيمة
العبد لانه انما التزم بامره ما هو الاقل منهما **قال** رحمه الله واذا قتل العبد رجلين
عمدا الكلام واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من
ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين
في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق
في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة
العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبد انسان
كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا
فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند
المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف
ومحمد في هذه المسئلة ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد
لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق
حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا
والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة
بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في
عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول
والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب
كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم لرجل والفان لآخر مات وترك الف
درهم كانت التركة بينهما على الديتين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحبه

الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري
في العين ابتداء وقوله وان كان عبد بين رجلين فقتل مولى فشرع المصنف بقوله اي قريبا
لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبد لهما
اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الاخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة وقال
يقال للعافي ادفع نصيبك الى الشريك او افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع
الصغير قول محمد مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل
واحد من المولين في نصف القصاص شايع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له
لان العبد في حق الدم مبقي على اصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص
لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه
شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط
ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف
النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة
ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه
فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه
ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا
واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع
اختلاف كثير والتعويل على المصحح فصل لما فرغ من بيان احكام جناية
العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن
قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او
اكثر قضي له بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة
الاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا وهو قول
تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة
ما بلغت بالاجماع ولهما ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة
اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع
قبل القبض يبقى العقد ونفاذه ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا اذا هلكت وصار
كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية
على الادمية لان المماثلة واجبة الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس
ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال لان الله
تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الادمي
ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك
بالاطلاق والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما

اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل
اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل
بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية
مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب
جواب عن قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع
وقوله وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر عبد الله بن مسعود
وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص
منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود معارض
بما روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان
المروي عن ابن مسعود ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل وليس فيما
روي عن غيره ذلك بل فيه قياس ساير الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت وكان محمولا
على انهم قالوا بالراي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقوله لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي
ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية
لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان
محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب
بقتله الا انه قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة وقوله
لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه
يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هي انما القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي
حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب امة ظاهر قال
رحمه الله ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسالة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب
وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني
المستوفي وجهالته تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى
وقيل اي في تجويزه على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لا فائدة الا الاستيفاء فاذا فات
المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له
القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد
تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه
جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان
اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة
بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع
مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص

لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق
الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه ولكن اذا اجتمعا فقد
رضي الموصى له بالخدمة ببطلان حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى
الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما نحن
فيه يعني في الدم لا يثبت بالشبهات فان من قال لآخر لك على الف من قرض فقال
المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال
مما يقع البذل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الحق
الذي لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يلتبس بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان
يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بحل الوطء وهو مما يلتبس بالشبهات
او يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية
دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص لانه لو ان من
جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة
وانما يضمن النقصان فان كان خطاء فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو
مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع
فيمنع القصاص كما لو تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا
بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين ان الجناية
قتل من حين وقع ولهما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء في العبد للمولى فيستوفيه لان المقضي له
وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء
بخلاف الفصل الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق
لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة
الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن
للعبد ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين
لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه
الجارية الى آخره فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح
يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما
اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية
في صورة الخطاء دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطاء لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل
العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه
فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد
والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الغرض انه لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له

الحق والحاصل من هذا كله ان صورة من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يخلو
على اربعة لانه ان قطع عمدا او خطاء فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى
او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له
والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها
بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصانه بالقطع
والباقي ظاهر **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا اذا قال لعبديه
احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكره
بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع
العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما
او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل
يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان في تعيين
العتق المبهم في اصلنا انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان
انشاء من وجه حتى شرط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فعين العتق فيه لا يصح
واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على
انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق
محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف
ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان
واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى
والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب ديته في
حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا
اختلفا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل
الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل منهما ونصف دية
كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل
قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلاهما معا او متعاقبا
فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه
والعتق في حق المعين كان غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل
لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك
للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة
لان العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيكون ذلك عليهما
نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة

الاول لمولاه وعلى الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا
ان ما ذكره المصنف فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان
القياس متعطون على انه في قوله والفرق ان البيان انشاء وجهه ان القياس يابى ثبوت
العتق في المجهول لانه لا يفيده فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو
كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه بضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من
المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لانه انما تحل فيها حلا تبعا فبقي العبد مملوكا في
حق الاطراف على اصل القياس **قال** رحمه الله ومن فقأ عيني عبد فهذه المسئلة
تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي كذلك وقاس على ما اذا
قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده
مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت
الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة
في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات
وكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس
من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل
يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه
معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى
اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس
ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي
لابي يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه
قوله وقالا ان شاء امسك العبد الخ هو وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق
ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب
وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي
الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو جنى الخ وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى اي الادمية ان لا
ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون
بازاء الفائت لا غير كما في فقء عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية
ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء ويتملك الجثة كما في خرق الثوب
فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فبالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا
بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ينبغي ان لا ياخذ كل البدل مع امساك الجثة كما
انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا اهدار جانب الادمية حيث جعلاه كالثوب المخروق

وفيما قاله الشافعي الغاء جانب المالية اصلا حيث جعل سكوت من فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين
حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له
نظرا الى الادمية **فصل في جناية المدبر وام الولد** لما ذكر باب جناية المملوك
والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو
احط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد على ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر
في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة
والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر **قال** رحمه الله
واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى • جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته
حالة كما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وقضاياه
تظهر بين الصحابة وكان حكمه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار
مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي
الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا يخير بين الاقل والاكثر
واضح وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية
عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته
الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة
ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يلحق منه الا
تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة
لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم ولا حق له في الالف
الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول
وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى
على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف
والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا
يضرب فيها الآخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف
الا الفا لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب
بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فان دفع
القيمة الى الولي لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه
شيء وقوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء
اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة
على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على
المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع
كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي به

لو دفع اليه فيكون القضا وغير القضا فيستويا لها في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان
كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية
طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فيقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع
على الجاني جائز فيتخير في الرجوع ويتبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا
يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها
فجعلت الثانية كالمقارنة مثله ولي في حق التضمين لابطاله اى لابطال المولى ما تعلق به من حق
ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالقتل بين السابق وذلك
في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك
لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين
يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها
وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة
في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا
دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر
الى آخره واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به

قال رحمه الله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل الخ ذكر في هذه المسألة ان غصب
العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب
سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل
الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا ولكن لا يكون
مستردا لانه استولى عليه وهو استرداد فبرئ الغاصب عن الضمان واعترض الامام ابو
حاتم بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء
او رضى لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك بان ملك البدل على الغاصب
اما قبله فلا وقال نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الاصل ان الغاصب ضمن
هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب
الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه
او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت
عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما ادون الثابت
حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر
لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد
يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجب الرفع لكونها عدوانا فلا تصلح لا معارضا ولا
مرجحا وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مواخذ بافعاله يعني في حال رده

فى اموالہ

واما في اقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال
فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله ومعنى
انه يصير مختارا للفدا لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل
فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش
فكذا هنا وقوله فيصير ظاهر وقوله فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اى
بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده على المولى فجنى جناية فدفع
الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هنا وقوله ويدفعه اى
النصف المأخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اى بالمدفوع الى ولي الجناية
على الغاصب وهذا اى هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يرجع بنصف قيمته فيسلم له اى لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل و
المبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان المولى يملك ما قبضه من
الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى
فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين
جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد
في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه
استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف
يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى
متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها
فلا يمتنع بلا مانع

قال رحمه الله وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل
هذه المسألة عكس المسألة المتقدمة من حيث الوضع وحكم ما ذكره وهو بالاتفاق
والفرق لمحمد بينها وبين المسألة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب
الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون
الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع
جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا وضع في الجامع الصغير هذه المسألة
في العبد بعدما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ في هذه
المسألة خلاف محمد ايضا كما في المسألة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على
الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية
الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح

لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا فسره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكرنا ذلك لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن الى آخره وفيه نظر فان الجناية الثانية ما حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه قوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية ترد عليه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب بان حكمه ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكنه التحرز عنه ضمن لان المغصوب يعجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يقيده بل مكنه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه

قال رحمه الله واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلك الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ان قبل الوديعة باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك المال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا واما غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه يبقى المال المباح فكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال الى اليد وقوله فيجعل مانعة اي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن كذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان في ضمنه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لا نشكل

ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانت قال اقامة غيره مقام نفسه يستلزم اما ولاية المقيم على من اقام مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي للاجنبي وقوله لانه عصمة لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكنه غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بالمودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ونحن للشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست لذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة باضافته الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار يوجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث الواردة فيها على ما سيأتي قوله يتخيرهم الولي اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب الشافعي كمذهبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضحة وقوله لانه يمين وليس بشهادة دون تحرز به عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لان اللعان شهادة والعبد والمحدود في القذف ليسا من اهلها وقوله واذا حلفوا قضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلاث سنين وقوله تبريكم اليهود بايمانها خمسين ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر

وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه
فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم
فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما فاخبره
بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبريكم اليهود بايمانها
فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتستحقون
دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم نشاهده فكره رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبريكم اليهود
بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة ووادعة قبيلة من همدان وقوله يدل
عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل
في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني يجب
القسامة والدية فيما اذا كانت الدعوى على البعض بعينه وقوله على ما قبله فمضى في كتاب الجنايات
ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الى
قال رحمه الله وان لم تكمل اهل المحلة خمسين وأما المعنى اي اليد واهل اللغة يقولون
وافاه ولهذا ذكر الانف وحكم حكم دبره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه
واما اذا نزل من راسه المخيه فليس بصريح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه
ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك
لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد ولذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف
الاخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب
القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر
هو الحقيقة ولانه لو وجب به لوجبت بالبدن بالطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان
يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون المراد
القسامتان والديتان على القطعتين فيكون في خمسين نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد
به التكرار المذكور وعدمه وقوله لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر
يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة
عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان تعلم صحتها
ما يجب في التسليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب
فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام
الخلقة وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتل لوجود دلالة
القتل وهو الاثر لان الظاهر من حال تام الخلق انه ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب
فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا

ثمانين

كان يرى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في
الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال
الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته واما دليل الاستحقاق
فنص حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال
رحمه الله واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اي اذا وجد القتيل على دابة يسوقها فالدية
على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل
في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل
في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على
المالك لا على السكان واجيب بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه
والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقوله القائد والسائق
او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب
ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم
يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للحفظ والتصرف والتدبير الى من بيده الدابة لزوال
يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله ووادعة
وارحب هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع
الملاك يشير الى ان اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا لين
في هذا القول باصل فانه ذكر في الاسرار جعل ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف
هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني اخرا وكان قوله اولا كقولهما
وما بعده ظاهر وقوله وهو على الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار او غيرها
من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة
وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لتمييز انصبائهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور
وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله
وقيل ان ابا حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين
يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز ان يكون فيه تلويح الى الجواب
عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما
متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقتا فاوجبنا القسامة على اهل الخطة
دون المشترين مع ان كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك
ان في العرف ان المشترين قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس
في حق الدار كذلك فان في عمارتها استرمام الدار واجارتها واعارتها هما متساويان
فلذلك في القيام بحفظ الدار وقوله كما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله

ولان اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد
او خلصت لهم على قول ابي يوسف وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله
او يزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة
صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي
الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما قيل من التنافي بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل
في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل
ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها
على صاحب الدار محمول على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا
حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا او غيبا
رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر قال رحمه الله ومن اشترى دارا فلم يقبضها
حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه
ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد والملك بسببها وقالا ولاية
الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد
كان اعتبار اليد اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى
دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهي على الدية
وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة وعندهما
ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح وقوله وهذا
اي وكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون
المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة
المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد المطلق اليد
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليس كذلك وكذا المستعير
والمستاجر قيل هاهنا لوم لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في
الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان
بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل
لم تعقل العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او
مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يختلج في وهمك
تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد لان اليد
المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله
واللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل اربابها
اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي
عن ابي يوسف لان السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد

فلابد

فلابد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال رحمه الله وان وجد في مسجد
محلة كلامه واضح سوى الفائدة نذكرها قوله فعند ابي يوسف تجب على السكان اي سواء كان السكان
ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي يتبيت فيها فعلى بيت المال قال في النهاية
وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ
اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من يسكنها
في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك
الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير قوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان وجد
دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء وكل نهر عظيم
لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام جاريا بالقتيل
كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان
كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب
الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فيصير كان قتيلا كان في الانبعاث
او مكانا آخر دون ذلك فيصير قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي
نذكره اراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم تسقط
القسامة عنهم يعني والدية على عاقلتهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله
ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتله وليه الحافظ وقوله وقد بيناه من قبل يريد به قوله
هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا
عنه وافترقوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر
يجيء مقحما كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل
الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله
حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا
يثبت الحق لما لا استحقاق عند انكار المدعى عليه الحديث الذي رويناه اي في اول باب القسامة
واوله قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة
على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت من العداوة الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف و
الفسطاط الخيمة العظيمة فكان اعظم من الخباء وقوله فعلى اقربها الاخبية قيل هذا اذا
نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم
لقوا قتالا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى
قاتلوا وان يكون مفعولا له اي للقتال وقوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هذا تخريج
ابن ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم
القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين فكان في

في دار الاسلام ولا يدريها ان القاتل من ايهما ليس بحجة لاحتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على
الصلاح في انهم لا يقتلون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين ولما في المسلمين من الطرفين
فليس ثم جهة للحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فيتعين حال القتل مشكلا فاوجبنا
القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان
العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وان لم يلقوا عدوا
فعلى ما بينا اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا الى آخره وقوله وقد ذكرناه اشارة
الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد
وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني
لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال قتله
فلان وهذا لانا في ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون شريكا معه فان كان كذلك يحلف
على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال رحمه الله واذا شهد اثنان من اهل
المحلة • اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال
ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي
حنيفة انهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل
شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله
على هذين الاصلين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم
خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل
والثاني اذا كانت للرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته
بالاجماع وابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة
بوجود القتيل بين اظهرهم فان السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر وانما اغرمكم الدية
لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب
لم يلق ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصماء
لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله ويتخرج
كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم
ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة
الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما
بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى على خاص وقوله
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق
بقوله وهذا لان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص

على

على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير
صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان
فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة
ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك
لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص
فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة
والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر
الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا
مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فيجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة
اما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء في التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذا في الدية
والقسامة وقوله ولو ان رجلا معه جريح الى آخره حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة
فنقل الى اهله ولهذا قال الى آخره وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبل من مسئلة القبيلة وقوله
ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة
ثم قال في تعليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر او مخالفة
بين الدليل والمدلول ودفعه ذلك بانه يقال عاقلة الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم
فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني
كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في
تعليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضافا اي على عاقلة ورثته وما ذكره
في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة بان الدية اذا وجبت
على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب
للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير [illegible]
اذا قتل بانه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا ثم اعلم بان صنيع مثل ذلك في تذكره الدية في الحكم
والقسامة في دليل ابي حنيفة اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار
بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول
ابي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلم فلا تلزم
القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثم
من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب
الدية وما الطفه مخفيا بل الله ثراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا
في داره كالنقض على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهور القتل يعني انما صار دم المكاتب
هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل

يقضى به ما عليه وانما كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا
بخلاف الجرح فان حال ظهور القتل لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل
الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم انه قاتل فيجب فيه القسامة والدية وقوله ولو
ان رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله كما اذا وجد قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود
ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتأخرون اي مشايخنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل
في هذه المسألة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في
هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل
ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل
ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الاراضي لصاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على
العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب والمعاقل جمع معقلة
بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله على العاقلة جمعه وقوله وجبت بنفس القتل يعني
ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح والابوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد زاد
نعيم الدية بتأويل العقل وقوله وكذا الذي تولى شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير
حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحاف فسر الاجحاف بقوله واستيصاله وقوله انما قصر
يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتبت
اساميهم في الديوان الديوان الجريدة من دونت الكتب اذا جمعتها لانها قطع من القراطيس
مجموعة وقوله ان عمر اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان
من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطاء اسم ما يعطى والجمع اعطية
والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن
قول الشافعي لا نسخ بعده وقوله بالحلف الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا
على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعد هو من
وهو ان يعد فيهم فيقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من
ثلاثة اي ثلاث سنين او اقل مثل ان يخرج عطاياهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة
سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول
المقصود يعني ان المقصود ان يكون المأخوذة منهم من العطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم
سواء كانت في اكثر من ثلاث سنين او في اقل منها وقوله وتأويله اي تأويل كلام القدوري فان
اطلوع ذلك السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في
فلا بد من التأويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية
واضح وقوله ولنا ان القياس يأباه اي القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا
لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد بما يأباه بايجاب المال عن صلاة

فلا يتعداه

فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا
وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة
لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون
بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس
لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة القضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من وقت
القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي فان كان عينيه قبل القضاء متعذرا
لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا
لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب
بالقضاء على ما نبين وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل
سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية واذا اخذ من كل واحد
منهم في كل سنة ثلاثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة واثنى عشر وليس كذلك فان
محمدا نص على انه لا يؤخذ من كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه
بعض مشايخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله
ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب
حفظت انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب اما في حق العجم
فلا يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب القتل على اقرب القبائل من القاتل
نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال
بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيسوى بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة
لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل
الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين
اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل
الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا تجب عند الشافعي وقوله
رحمه الله وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسألة التي
ذكرها قبل المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية
مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسألة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقديرا
قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة
فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول ثبوت القسامة يستلزم
وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء
وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان

هذا الجواب يبنى على ايجاب القسامة عليها و فى ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة
على صبى ولا مجنون قال ولا امراة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل فى قرية لامراة فعند ابى حنيفة
ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور فى سياق
قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبى
والمراة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد فى
قريتها فيجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق ههنا وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت
على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبى والعبد والمراة
واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل
المراة وقوله والفرض لهما من العطا جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرياتهم من
العطا والعطا انما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما فى حق الغزاة ثم الغزاة يعقلون لغيرهم فكذا
النسا ووجهه ما قال ان الدفع اليهن باعتبار المعونة لا يسعونه فرض الامام لهما لا باعتبار نصرتهما
عنهما قوله واهل البادية اقرب اليه يعنى نسبا وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيانه لقوله اهل العطا لان اهل الديوان الذين هم
من اهل المصر وقوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة يعنى ان للولى الابعد ان يزوج اذا كان
الاقرب غايبا وقوله لا سيما فى المعاقل العاصمة تحت السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية
وقوله فالدية فى ماله فى ثلاث سنين اى لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة
بين الذمى والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يوجد
له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجى وقوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اى ليس بسبب
نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك ينعدم
عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون
فيما بينهم ظاهر لان الفاظا ذكرها قوله وعاقلته اهل الكوفة الواو للحال وقوله لكن حصة
القاتل تؤخذ من عطايه بالبصرة يعنى وان كان بعد القضا وقوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة
متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضا ومعناه لا ينقض بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا
كان القاضى قضى بها عليه على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث
يضم اليهم اقرب القبايل فى النسب وان كان بعد القضا سواء فيه ايضا نقل الدية من الموجود
من وقت القضا الى اقرب القبايل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله
لكن يخص ذلك اى الابل من مال العطا بان يشترى الابل من مال العطا قال رحمه الله
وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لانه
القصاص لا يجب فى عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما
دون النفس فاما بدل النفس فتحمل العاقلة وان كان اقل من نصف العشر لانه بدل النفس

اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس
ولذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه تتحمل العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت
بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس معقولا
لم يوجد فى التحمل لا النص ولا علته فيجب فى ماله وقوله ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا فى
تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه
ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شى من جناية عبده انما جنايته فى رقبته اى يدفع
الى المجنى عليه او يفدى به ثم قال وهذا قول ابى حنيفة وقال ابن ابى ليلى انما معناه ان يكون
العبد يجنى عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجانى شى انما ثمنه فى ماله
خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعى فى ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابى ليلى
لحديث على كلام العرب ولا يرى قول ابى حنيفة جايزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان
الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعى ان فى كلام العرب
يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه
قال الاصمعى كلمت ابا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت
عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله
لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لان معناه
عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جناية العبد اضافة
المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطا كانت على العاقلة وقوله والاقرار
والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم لان فى الاقرار تجب الدية فى ثلاث سنين
وفى الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل فى الصلح فيكون مؤجلا وقوله فهى
الثابت بالاقرار اولى يؤيد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت
معاينة وفى القتل معاينة الدية انما يجب بقضاء القاضى فهذا اولى وقوله وتصادقهما
حجة فى حقهما لان احد المتصادقين ولى القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت على المقر فكان
حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من
هذا انه يلزم موجبا للاقرار فى مال المقر وانما وجبت الدية هناك فى مال المقر لانه هناك لم يوجد
تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب فى مال المقر ضرورة فان قيل لما كان اصل الوجوب
عليه وقد يتحول بزعمها الى عاقلته بقضاء القاضى فاذا تعذر على العاقلة بجحودهم عاد الى الذمة
الذمة المحل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا للدفع التوى عن مال المسلم
وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعدما تقرر على العاقلة بقضاء
القاضى لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من قبل
اى لما قيل فصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية فى بيت المال يعنى اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة

والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم ادى الكتابة اي فانه
حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله والاصل الذي يتخرج عليه ان يقال الحال اذا
تبدل حكما فانتقل الولاء الى مولى آخر بسبب حادث لم ينتقل جناية عن الاولى قضى القاضي
او لم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لا تتحول الجناية عن عاقلة الام
لان ههنا يتبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي الام الى موالي الاب وكالغلام اذا
حفر بئرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق ابوه فان القاضي يقضي
بالدية على عاقلة الام ولا يحمل على عاقلة الاب من ذلك شيئا لان الحادث بعد الحفر ولاء
العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملكه ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان
الجناية لا تتحول الى المالك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر
بئرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري
انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا
الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهر بحالة خفية مثل دعوة ولد
الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب
وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وهو من امرأة
حرة معتقة مولاه لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فيعقل عنه جنايته قوم امه ثم اديت الكتابة
فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند
الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على
موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت
كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى
البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية
قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل
نسبا وقد تقدم وقوله الا فيما سبق اداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا شركة لهم فيه
بل يقع ذلك من الذين ادوا قبل ضم اقرب القبائل اليهم

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

كتاب الوصايا في اواخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة
وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت
الذي هو وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة
تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي
اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الورثة
وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود
حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول

اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية فهو في حق
الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما في الهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى
به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة
بقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا
ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار
لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين
والمكتوب علينا فرض ولكنا لم يخرجهم الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس
يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان
قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى لكنا استحسناه لحاجة الناس اليها الحا[illegible]
في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيناه في انها عقد يابى القياس جوازها لكونها مضافة
الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد تبقى المالكية بعد
الممات جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية
يوصي بها او دين الى آخر ما ذكره بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ
قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله
وقررنا في التقرير بان الله رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة
فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتبه على الوصية عليها
وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث
رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت
يصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء حكم الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب
انتسخ الجواز عندنا وذكر فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلاله
بالسنة ظاهر وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة
الى قوله عليه السلام ثلث اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله وسنبين ما هو الافضل فيه
اي في نفل الوصية او في قدر الوصية ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث
سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الاثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال
حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم
يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث
قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تذر ورثتك
اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والضمير البارز في قوله
لم نظهره والظاهر انه مستغنى وقوله يتحرز عما يتفق من الايثار اي احتراز عما يوجد من تاذي
البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما نبينه يعني عند قوله بعد هذا
ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية دون بالحاء المهملة وسكون الياء وهو

الظلم ورُوِيَ الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان تجيزه الورثة استثناء
من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه
بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلا لها
متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوها بعد الموت ما اجازوه في حال حياة الميت
فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى
منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت
المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض
لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة و
كثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد
والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذا لم يصادف
محله فلم يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث
ثبتت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل
وجه لا يثبت الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد
قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى
منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة
ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في حق ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه
وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موته بسببه فانه يصح ويلزم من ذلك
احد الامرين اما انه لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا
القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب للموت وقد تحقق
بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثم لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت
فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فتحقق بين امرين اما
ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى العدم للحقيقة واما ان يجيز الاجازة نظرا الى الوجود
الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز
العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا ببطلان
الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه
فكان كسائر الاسقاطات وفيه لا رجوع فكذا فيها ووجهه انه قد عرف ان ثم حقا وحقيقة
ولما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلان شيء انما يستلزم وجوده لا
وجوده لها قبل السبب وقوله وكذا اذا كانت الوصية للوارث ظاهر وقوله وكل ما جاز باجازة
الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ووجه قوله ان
انه بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله
ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا

ان الموصي صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب ثبت عنه الملك وكل ذلك
ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة
اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع المانع
وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض
شرطا وهو ممنوع وصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الرهن فكون السبب صدر
من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان
الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونها كالصلة
التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق
المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل
القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم
بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ

قال رحمه الله لا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا
كان او خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم
الوصية كما يحرم الميراث ورُدّ بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق
واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مخالفة الورثة مقاسمة
قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركهم في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة
بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا
على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية
للقاتل مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى
لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني
فيما اذا كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل
بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان
ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثم واجيب
بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكره شيخ الاسلام ان المعتبر في
كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر
الى وقت الموت كان القتل متأخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بانه لو تم ذلك لزم صحيح
مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل واجيب بان
عتقه من حيث ان الموت جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته
لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان الكل

ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت الوصية دون
الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد
فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله
ولانهم لا يرضونها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم اي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم
ان اجازها البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا تجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله عليه السلام
ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض الى آخر ما ذكر في الكتاب
وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في
العطية وقوله يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى قاضيخان ولو اوصى
لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن
فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه
يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ
لاب وام وللاخ لام لانهما يرثان وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية يتناول
الاجنبي والمذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في الايضاح الاعتبار
وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه
وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك فمريض اقر لابنه العبد فاعتق ثم مات الاب صح الاقرار لانه وارثه
ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى
حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بمصيره وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن
ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار
تبين ان اقراره حصل للوارث وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وارى اطلاق المصنف يغني عن
ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث
عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا
عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان تجيزه الورثة استثناء من قوله
ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا لا وصية
لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو تاذيهم بايثار البعض دون البعض
وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجازت فيما دون الثلث اجازوا
او لم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي قوله ولو اجاز بعضهم الخ قال
رحمه الله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة اما الاول
فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية نزلت في النهي عن البر اليهم والوصية نوع
بر لهم فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي
رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شرح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على
جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك

لانهم

لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك
ماله في حياته فكذا بعد وفاته غير انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما
زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك
وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية
وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه
بالهبة من حيث انها تمليك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من
الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها
بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول
فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا
في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التعليل في الوصية
افضل وما الينا الاشارة في قوله انك ان تدع عيالك الحديث معناه ورثتك اقرباءك
من الاجانب فتركه المال لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر قالا لان توصي
بالخمس احب الينا من ان توصي بالربع ولان توصي بالربع احب الينا من ان توصي بالثلث وفي الكاشح
العدو الذي ولي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي اضمر العداوة
في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله
والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له
بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده
على بائعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد
المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية
الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث وقوله ولانه املك اي لان اثبات الملك لغيره لا بقبوله لئلا
يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك
له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه
وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني
الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم
فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين اجيب بما
ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال رحمه الله ولا تجوز وصية الصبي
كلامه واضح وقوله ولو لم تنفذ يبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه
فانه يحصل له بسببه نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان
الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على
بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته
في تجهيزه وامر دفنه وقد ذكرنا ما صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة

عم له مال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او تكون الوصية فى التجهيز وامر الدفن و
اجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوى نقله بمعناه
وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافى ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوى
والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعى لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق
عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث
وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى
وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبى ممنوع من ماله وقوله وهو يحرز الثواب جواب
عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى وقوله كما بيننا اشارة الى قوله فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب المحتاج فانه يفيد اما افضلية الترك فى الثواب او تساويهما
فيه وقوله والمعتبر فى النفع والضرر تنزل فى الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل
الثواب دون تركها لكن المعتبر فى النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض
اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة معسرة شوهاء
ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية فى الاصل تبرع والصبى
ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعنى اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث
مالى وصية يصح لان اهليتهما مستتمة اى تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال
سقوط المانع وقوله ولا تصح وصية المكاتب يعنى تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة
كما مر انفا وقوله والخلاف فيها معروف وقد عرف فى موضعه يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب
والماذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف ثم هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل
فهو حر ثم عتق فملك لم يعتق عند ابى حنيفة ويعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى
ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما يحصل بالحرية ولابى حنيفة ان المكاتب نوعين من الملك احدهما
ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثانى غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فتنصرف اليمين الى الظاهر
دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة
وبالحمل كما اذا اوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود فى البطن
وقت الوصية لزوال الريب ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على
ما ذكره الطحاوى واختاره المصنف وصححه الاسبيجابى فى شرح الكافى ومن وقت موت الموصى
على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله بعد موته لا انه يملكه فى الحال والاستخلاف
يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز
رده اجاب بقوله الا انه اى يبطل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون
الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعنى ان الهبة
للحمل لا تصح لانه تمليك محض ولجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا

قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه بالقبض واما الثانى وهو الوصية به
فلانه اى الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع
المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك نعلم
وجوده وقت الوصية لا محالة ولقايل ان يقول فى كلام المصنف تناقض ظاهر لانه
لا يعلم وجود شىء الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود
والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى
قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الام فاندفع التناقض وقوله وبابها واسع
الخ وان اختلج فى ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية
وتوضيحه للجواز بصحتها فى غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله
ومن اوصى لجارية يعنى قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية
والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بعضو منها ولا هو
داخل فى الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها
وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال
كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذا الحمل وذلك لان اسم الجارية
يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله
اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرر ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال
اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء ايضا
صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا
فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له
ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا
يعنى انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا اطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا افرد الام
لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح فقد
ذكره فى البيوع قال رحمه الله ويجوز للموصى الرجوع فى الوصية الرجوع
عن الوصية جايز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصى والتبرع التام
كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثانى ان القبول يتوقف على الموت والايجاب
المفرد يجوز ابطاله فى المعاوضات كما فى البيع ففيما التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا
وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة ولم انواع ذكر المصنف
لها فى الكتاب ضوابط هى جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره
محمد ثم اعلم ان محمدا ذكر فى الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر فى المبسوط انه
رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور فى الجامع على الجحود فى غيبة الموصى له وهو ليس برجوع
فى الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغايب لا يصح

لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة
الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع
على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال للقوم
اشهدوا انى لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا انى لم اوص
لفلان يطلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا انى اسالكم ان
تشهدوا لى بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما
ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع في الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في
الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة
روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور
في المبسوط قول ابى يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت
ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحدها قال يكون رجوعا وسالت محمدا فقال لا يكون الجحود
رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابى يوسف بان الرجوع نفى في الحال والجحود نفى في
الماضي والحال واذا كان نفى الحال وحده رجوعا فنفى الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد
ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفى في الماضي لكونه موضوعا للكذب والانتفاء
في الحال ضرورة ذلك لا استمرار ذلك ان ثبت ما لم يتعين واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه
كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته
وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان
ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل وقوله
ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفى في الحال والجحود نفى في الماضي دليل آخر وتحقيقه
ان احدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا
العكس ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفى في الماضي
والانتفاء في الحال لضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفى في الماضي والحال وبينهما تناف
والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا
لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفى في الماضي والحال معناه نفى في الماضي
وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع
والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية
على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق
لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز
استعارة احدهما للآخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل
على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرفا للاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره
وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكم يرجع به ما تقدم من التوقف على اجازة

بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل
التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال رحمه الله ومن
اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى لآخر ايضا بذلك ايضا فالورثة
اما ان يجيزوهما او لا فان اجازوا فظاهر ان الثلثان ولهما الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما
نصفان اذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس احدهما اولى به من الآخر فتساويا في سبب
الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة
جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امرأة بطل البينتان جميعا وقوله وان
اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابو حنيفة اي لا يجعل من
ضرب في المال بينهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان
لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر
لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال
المرض فان لم يكن له مال غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا
يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي
خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابى حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف
في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصى بعتق عبدين احدهما الف وقيمة الآخر الفان
ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله
الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث
للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصى لرجل بالفين
ولآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب
بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث
ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه
لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا تخرج من الثلث لم يبق
في الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق
لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
ولابى حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما يثبت بناء على
الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع
يبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي الحال بينهما موصى له بالثلث وفي ذلك
يتساويان فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله
وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله

وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر
ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا
العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال
وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا
لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا تعلق بعين
التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين
بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت تنفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعينها تعلق به
حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال رحمه الله ولو اوصى بنصيب ابنه ومن
اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل
نصيب ابنه جاز سواء كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب
الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية
بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى ايضا
نظرا الى الحال الوصية فان المال كله له في تلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه
كيف شاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله
معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل السهم اخس الانصباء اقل والثمن اقل من
السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة
اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم
هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع لمختلفة اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء
وسبب ذلك اختلاف في رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل عن
ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير
جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحد
منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد
عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقال لا له
مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيزه الورثة ومعنى عبارتها العرف فان السهم
يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد الاقل
على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة ما ذكرناه آنفا في
جواب السؤال من اثر ابن مسعود وقول اياس وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره
مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر
الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس
لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد

سهم

سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام
وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على
السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين
واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب
الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس
فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول
اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان
عن السدس وارى ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين
واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهو ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة
على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان
هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله اعلم به وجهها المعقل دروعه
وصورة المسألة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية
الجامع الصغير الاصل تعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع
فيعطى الخمس فتجعل المسألة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له بسهم تبقى خمسة
للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل مخرج المسألة مخرج الكسر وهو اربعة
تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال تبقى عشرون
للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام
الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فتصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما
وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب
الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية
الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا فقس امثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي
مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب او بشيء
فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان
يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فائدة فالجواب ان معناه فله الثلث
وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة
السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على سدس فيجعل السدس داخلا
في الثلث لانه متيقن وحمل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله بالمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول فقد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله

ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ٭ ومن اوصى بثلث دراهم او بثلث غنم فهلك ثلثا ذلك وبقي
ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما
اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة
ويبقى ما يبقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا
جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شايع الكل في واحد
في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما
بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل له حاجة فهذا المعنى مقدمة على حق ورثة
بقدر الموصى له فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على
اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه
ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم
اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم
فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هنا وقوله بخلاف الاجناس
المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن لانه
اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض
من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لانه
فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي
عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثه من رقيقه
من جنس واحد او بثلث ثلثه من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت وبهذا اجاب محمد
في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه
لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له
العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في
عبد باعتبار القيم لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام وقيل
المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع
وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هنا الفعل
من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف
اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة
لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانها جنسا واحدا قال رحمه الله
ومن اوصى لرجل بالف درهم ٭ ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج
الالف من ثلث العين دفع اليه بان كان له ثلاثة الاف درهم نقدا دفع الالف منها الى الموصى له وان لم
يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع منه اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى
يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل من الشركاء

بلا غبن ولا يجيئ في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني
غبن في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر
في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به الغرض من المال والدين ليس بمال
فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك
الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الورثة
ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان
الموصى به النافع عسى ان يكون مالا في الحال او في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة ومحلها تركته
وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن
الا اذا لم يتعد قوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح وانه فرع بقوله فلا يزاحم الحي اذا
اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة
بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة
بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما
لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله
لان الوصية عنده للموصي والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظاهر وقوله فالصحيح ان
الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضافها الى مال خاص فصار
بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم
مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل
فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال اوصيت بقفيز حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح
الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه
او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه قال رحمه الله ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده ٭ ما ذكره واضح صورة وتعليله خلاف قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا تصح لان
الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول
العتق بها فالعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لامة لشيء غير رقبتها
باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بل الى ما بعد حال
للموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيح هي المضافة الى ما بعد عتقها
فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا
منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت
لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا
ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم
يكن ثمه وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى

وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لابد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله بعد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال رحمه الله ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية على الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما فاستحق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل منهما ثلث المائة يقتضي اشتراكه اياهما جملة واحدة وانما ياخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال لآخر اشركتك معهما فانه له نصف كل ما للكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين فلابد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك لغة على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن قال يعني لورثته لفلان علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا افتى به من جهة المقر ببيانه وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي شيئا وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الى آخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا تخصيص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف

اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما يثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي والوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث معترف ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالا انما تثبت كما هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المشهورة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها في كل جزء فرضته لشيوعها فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال رحمه الله ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء رجل له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدرى ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح فان ابتدا بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وان ابتدا بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك اردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما فحقه متعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه متعلقا بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فياخذ ثلث كل واحد فيبقى صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الرديء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب الرديء وقوله واذا كانت الدار بين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة فهذه القسمة تابع واما قوله هنا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة والجواب بانه قال

هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لانها اذا كانت من جنس واحد اجبر
القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر
ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة
ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله اما لانه عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها
وقوله او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني وقوعه في نصيب الشريك والتمليك
بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فتقسم الثلث على عشرة للموصى له سهم
ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم
للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع فهي حق الورثة في
اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب
محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل
خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار كقولهما في
الوصية والباقي ظاهر **قال** رحمه الله ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه ومن اوصى
من مال رجل لآخر بالف بعينها فبلغه فاما ان يجيز الوصية او لا فان كان الثاني بطلت وان كان
الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لانه هذا تبرع
بمال الغير الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه فان كان الدين
مستغرقا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع
يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض
واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال
تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا وقوله ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع
فيه اي في الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى
حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام اولا ثم يكون
له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا
يتغير بزيادة المال لانه يؤدي الى نقضها في بعض الاصل وفي ذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل
بالتبع وقوله الا انه لا يقابل بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع في التبع
لا يؤدي الى نقض في الاصل فان بعض الثمن لا يقابل في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجه ان
انما لا يقابل بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل
بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله واذا اتصل
القبض انما قيد بذلك لانه حينئذ يقابله بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك
قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن **فصل في اعتبار حالة**
الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر

في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الموصي لما ان هذه الاحوال بمنزلة
العوارض والاحكام المتعلقة بتلك المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله واذا
اقر المريض لامرأة واضح معناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير
وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا في الحال لان
الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله
لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة
التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر
زائد كالموت بخلاف الوصية وقوله الا ان الثاني يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض
يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية بتأويل
الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية مضافة الى وقت
اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه اذا لم يكن عليه اي على
العبد دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام
والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول
هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ولفظها وقوله صار طبعا من
طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال لو صار بعد ذلك صاحب
فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما اصابه ذلك وصار صاحب
فراش ومات من ايام لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت **باب العتق**
في المرض الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب
على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل **قال** رحمه الله ومن
اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله المراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية
الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته
متطوعا وقوله كالضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من
الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذا لو قال
بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون
على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما نفذه من التصرف
اي نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو
من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين
انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين
من رجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق
تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء لان
العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا

العتق اولى سواء قدم العتق او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته تخرج من الثلث ويخير المشتري
ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد
وادى تمام قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز
لا المعلق الى اعتاق الورثة تحته لان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله
لا يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احترازا عن الفاسد مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما يجي
وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحقه
اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله ليستوي فيه من
سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لهما في الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق
وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا
وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا وقوله لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني
وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين
لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها
فيستويان فيه بحث وهو انه يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة
الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو
يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرجه من الثلث
تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب
عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف
في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض
اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت فيثبت لهما
حكم الوصية وهما فيها سواء كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم يقسم بين العتق
والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة في العتق الثاني فلا
يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق
الاول شاركه فيه العتق الاخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يحصل
لصاحب المحاباة كمال حقه وكان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني
لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر
وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق
العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة
البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين نصفين لاستواء حقهما قال
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد ظاهر واضح وقوله وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة

قال

قال الامام الكسائي الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه
بمعنى الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيخلفه المستحق اذا هلك منه شيء ويبطل
الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي بلغ عتقا وعبده وقوله
لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك الميت
فيه باق بعد الحاجة وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية
كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء فهو لهم
اعطاهم اختيارا عن فيما فدوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق
دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار
بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع
المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الامرين
كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك وله ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة وجهان احدهما
ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك يجب
الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون
يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو
قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل لي عليك الف درهم دين فقال
المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف الى
آخره لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة
ان الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث
وله ان حقه يثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقاله منها الى الالف
كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال ذلك فقال صدقتما والاختلاف
في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب **فصل** قدم باب العتق
في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل
اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة او صيام او زكاة او حج او كفارة او نذر او
صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على ذلك
لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان تكون كلها
لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون
كلها فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة
الفطر او كلها تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه
الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه من ثلث ماله وكذلك
ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا وهاهنا ان كانت كلها لله وهي فرائض كلها او
واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي

اوا فورها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما
هو اهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما
قدمه الموصي لان الظاهر انه يبدأ بالاهم فان قيل اين ذهب قول ابي يوسف ومحمد ولا معتبر
بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما
اجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكونه صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق
فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكاة تتعلق بها حق
العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء
فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب
والفضة الاية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج
وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله
والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وكفارة الافطار لانها
ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر باثار مستفيضة
وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور
لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية
لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه
الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدءوا
بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا
انه يبدأ بالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم
يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل
كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة
والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله تعالى
فكل واحدة في نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان
المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة
فكذا هذا قال رحمه الله ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه
واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل على مذهب ابي حنيفة وهو الذي
ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولانه وصية بعتق عبد يشترى بعد ... الى آخره وقوله ومن خرج
من بلده حاجا قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا
قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز
بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره
مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج ليس منها ورد
بان الكفارة اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم

بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق
بان سفر الحج لا يتجزى في حق الاحكام بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض
الطريق وفوض الامر الى غيره او بعد ما احصر لم يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام فانه يقبل
التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم تركه وامر به غيره فانه يجزيه كذا في
الاسرار وهذا ليس بواضح لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع لان يقال
التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو طاع في خلال
الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فيعمل عليه والحج لم يكن
فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده الى آخره

باب الوصية للاقارب وغيرهم

المناسبة هذا الباب
بما تقدم لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على
وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم قال رحمه الله ومن اوصى لجيرانه
فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الكتاب ويجوز ان
يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه
الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو
الملاصق وقوله وذلك عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان
فالجميع جيران قوله وما يروى فيه ضعف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا
هكذا وهكذا واربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن
قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في روايته قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل
السكان تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن
ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذه كلها رواية عن محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك
فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل
الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره
اي لاقرباء امرأته قال في الصحاح اهل بيت المرأة وانما قال هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد
لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها
يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان
تطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج
فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكور والاناث كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله ومن
اوصى لاقاربه يعني يصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة
الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة وقوله وفائدة الخلاف
تظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى اب له علي فلا يدخل في

في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم
يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقيته كلام واضح المعقول ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد
انعقاد الاجماع على تركه وهو واجب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن
قامت به ويتبين كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة تقييدا بما ذكرناه من
الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرنا وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي
بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى
لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله ولد ولم يكن من يرثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل
ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان
في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا
واعترض بان في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان
له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان للقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث
لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع او
الخمس عند الانفراد على تقدير ان يكون معه ثلاثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان
ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقطة لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان
لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن
فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد
من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى آخره وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة
الخؤولة وقوله والعمة وان لم يكن وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقديم العم
على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية ومساوية للعم في
الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها
العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر فانه حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف
في القرابة وقوله لا انتسابا لانتساب في جمع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة
على قول ابي حنيفة خلافا لهما قال رحمه الله ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته
الوصية لاهل فلان ينصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة والى كل من تضم نفقته فلان من الاحرار
عندهما اعتبار للعرف المؤيد بقوله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوجة
خاصة وكذا قولها لا امراته ولما ان الاهل في الزوجة حقيقة تشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله
فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ
الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او اقاربها
ممن ضمهم نفقته فان كان معه احد منا لا رقا لم يدخل فيها بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل
عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية تانيسا فان ثبت
ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي ساقها لاجلها وقوله فلان باهل

ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يحنث بسفاهة
ابرهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان
الكثير هم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان
اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروف
والارامل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة من ارمل اذا افتقر من الرمل كاد فرغ
من الدقعاء وهو التراب ومن الناس من قال الارامل في النساء خاصة والمختار عند المصنف
هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما
يحصون اولا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب
وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون
وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم
واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره
في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني تميم وهم لا يحصون او لايامى بني
فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم
كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل او لا قال
الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال للرجل ايم ايضا وقال
محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره
في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى
يصرفها الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم كلهم
فبطلت قال محمد الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك
والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ
يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله
اثنان في الوصايا على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يكون بعضهم ايضا في
او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رجع اليه وكان
يقول اولا يدخل وهو قولهما والاختلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات فلا يدخل
بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله
الاخير ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل
بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل
فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بينهم من يقدر عليهم من فقرائهم قال
رحمه الله ومن اوصى لولد فلان • ومن اوصى لولد فلان فلا يخلو اما ان يكون ابا خاصا او فخذا
فان كان الاول فالوصية تتناول الاولاد دون اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط
سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كلها انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا الا

اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد اولاد الابناء
رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان
الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وذكر في الحقيقة من المجاز كما ذكرنا وان كان الصلبي قائما
لانّ فلانا اذا كان قبيلة فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فيدخل بخلاف
ما اذا كان ابا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة وقوله ومن اوصى
لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه
وان فهم يحتج بذلك فاجاز هذه واصحابنا ما جوزوه فكذلك هذه والمروى عن الشافعي في رواية
عن ابي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ
كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع
واحد وهو اشتمال صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى
الاسفل منعم عليه كما ان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الاخر بمعنى المفعول والسيه قوله ان الجهة
مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة
وعامة اصحابنا على ان عموم في المشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بترك
الكلام مع المولى مطلقا ليس لعمومه في النفي بل الحامل على اليمين بغض وهو غير مختلف فيه
بذلك المعنى كالنفي وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ
المولى مشترك لكن حكم التوقف فكيف قال والوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي
قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى
المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف
الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة
اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنى
والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له
الموالي الاعلى فالوصية جائزة وقد يدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه
وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا بد ان يعقبه وجودا
والوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل
الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد
لازم اي ثابت مستقر والصحيح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء
الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له
مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله موال واولاد الموالي وموالي موالاة دخل معتقوه
وهو ظاهر واولادهم لانه تنسبهم اليه بالولاء للمعتق الذي باشر في ابائهم والفروع اجزاء الاصول
فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان

لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو بنيه وعن
ابي يوسف انهم موالي الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والاعتاق لازم
جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه
ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينة على احد المعنيين وهاهنا قرينة تعين احدهما وهو ان
الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل النسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف يحتمل فيه النقض
بسبب عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث
لهم لان الحقيقة اذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولو كان له معتق
واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم
ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم الموالي لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيها اي
فيما اذا اوصى لمواليه موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الاصل بان يقال موالي اعتقهم
ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر
اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز ان يتسبب لذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك
المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم
لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم
موال له حقيقة وقوله وانما يحرزون ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه
وابنه يدخلون اذا مات ابوه ورثه ولاؤهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك
ان احرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق
الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة
النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة
وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول
بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين
موال اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا من النسخ الصحيح فيها ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان
بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند ابي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بل لانه بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء
حقيقة فلا يحتاج الى المذكور وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم
باثبات لفظة ابنه وهاهنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم
ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الاب
لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب
والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح لنسخة الكتاب في الموضعين
وان كان فيه بعد من حيث الاطراد على مذهبهما خاصة

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام

الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا
قال رحمه الله وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة
بين الوصية والعارية في كون كل واحد منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث
لان الوصية تعقد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحيوة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها
والارث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية
بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة تشملهما يعني المنفعة والغلة
قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا او جعل
ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم يخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه
يسلم اليه ليخدمه وان لم تجز الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما
ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة
قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها
فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان
كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلم الى
الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له
ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجزه الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة
يومين الى ثلث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له
ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره **قال** رحمه الله فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة
اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على
حكم ملكه ولو انتقل الحكم الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي بلا تعد لان الميراث
خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها لذلك
لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت
الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق
بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة عبده
او داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف
المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يؤجر العبد والدار
واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية
وفي التحقيق هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله لان الرجوع
للمعير لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بالموت
لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها
غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة
دليل آخر قوله وهذا لا يجوز يعني بناء على ما قال ولا علة الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض

عليه

باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا للملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها بالبدل
واجيب بان كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست
كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له
الاخراج الحاصل الا باجازة الورثة وقوله فاذا كانوا في غيره اي في غير مصر الموصي وقوله
ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم طريقه ولعله ذكره تمهيدا لقوله
ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم تجز الورثة وكانت الوصية
بغلة عبده سنة وقد ذكرنا الضمائر اما باعتبار ثبوت المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين يحتمل
القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلقت الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى
الفرق بينهما وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء
الخدمة بطريق المهايأة ليستوفي خدمته سنة كاملة بتمام ذكره وقوله فلو اراد الموصى له
قسمة الدار ظاهر الحقوق عطفا منه لاحدهما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لاخر برقبته
بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده فتعتبر هذه الحالة يريد حالة العطف بحالة الانفراد
اي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل منهما
وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد
يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير
اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته
لاخر اما ان يكون ادرك الخدمة او لا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك
الخدمة لانه بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار
كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه لان العبد
لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان
جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن منه لاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه
التطهير وقوله ولها اي لهذه المسئلة نظائر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب
الظرف وهي الامة والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر فهذه المسائل كلها
اما اذا كان اصل الايجاب موصولا بالاخر فبالاتفاق واما اذا كان احدهما مفصولا عن الاخر
فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول فيهما
في الحكم سواء وتاخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل
على ان المعول على قول محمد **قال** رحمه الله ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات
وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوه
ثلثة في وصيته يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة
بستانه او ارضه او سكنى داره او ضربة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث

وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكر فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فيبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف جعل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيها ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح وشرح المصنف ما احتاج الى تركيبه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى تعريف الا وتركيبه او في تاديته له من غيره وقوله ويجعل الخلع صورته ان تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره حتى لو قال على حمل جاريتي وليس بها حمل ترد المهر

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات فاذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا يصح لو اوصى بذلك اي لو اوصى بان يجعل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما شاؤا وان اوصى بان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبره وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى بان يبنى بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محررة حقيقة بل تحرر على معتقدهم فتبقى الملك للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرير تعالى وقوله وجواز الوصية متصل بقوله لان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله بثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصاء

حاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا لاقت ما هو قربة في معتقدهم عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح قوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة قوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية لمعصية قوله والجهة مشورة يعني كلامه في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الايضاح في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يتصادقان وقوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى آخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى آخره ظاهر وقوله ولو اوصى الحربي في دار الاسلام دار الاسلام ظرف لاوصى لا لقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي بوصية جاز

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا تشمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي لا مشاهدته عند رد الوصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يصح بخلاف الاول لانه

الموصى به يرجع الى ورثة الموصى ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشرا
عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته و بغير علمه لانه لا ضرر
هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال
صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وآداب القاضي للصدر
الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على
ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل
لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على ان الوكيل بشرا شي بغير عينه وعن هذا قال
بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشرا شي بعينه وقد اشار اليه المصنف
في كتاب الوكالة في فصل الشرا بقوله على ما قيل لا يملك عزل نفسه بغير علم الموكل وذلك ايضا قول المشايخ على
ما يشير اليه قوله قيل وسببه لا ضرر يتغرير به واما اذا كان وكيلا بشرا شي بغير عينه فليس فيه
ذلك قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شا قبل وان شا لم يقبل لان الموصى
ليس له ولاية الالزام فيبقى مخيرا يعني لكن وكل حال الصبا تتغانه مالم يوجد من الوكيل قبول نصا
او دلالة كان بالخيار قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصا ولم يرده اعتمد عليه
الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصى مغتر حيث لم
يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل لاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل
الخيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل
الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفها لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرطه
الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب عن ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي في فصل القضا بالمواريث
ومن اعلم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سوا اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم
يقبل حتى مات الموصى فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا
اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لانه بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الا
عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر بالوصي لكن الاول اعلى لكونه غير
مجبور بشي والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي
اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله
بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه
فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح
لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فهنا اولى واليه ذهب شمس الائمة
الحلواني والباقي واضح **قال** رحمه الله ومن اوصى الى عبد او كافر او من اوصى الى عبد غيره
او كافر ذمي او مستأمن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ
وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الاصل ان

ان الوصية

ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث
واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه
ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عاجزا عن استيفاء حقوق الميت لكون
منافعه للمولى والظاهر انه ممنوع عن التبرع بها على تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند
ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانها سيبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر
فقد ذكرنا في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصا صحيح لكنه
لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد
واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على
نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فيقول العدم ولاية اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله وكذا بعدها
الى بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق بها اللزوم وقيل معناه في الكافر
ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منا آنفا
قوله وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده
بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة تنتفي الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية قوله ومن
اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة
الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك
الولاية من الموصى وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في
ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجز فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب
احترازا عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احترازا عن الايصا الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة
كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق
المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصا لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله يكون ناظرا لهم
لان العاقل لا يختار الرق فوق دونه الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته
على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصا اليه جائز فكذلك هذا قوله والوصاية قد تتجزى جواب
عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا اوصى
الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر في الديون فكل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة
او يقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا
على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعدما لم يكن قلنا تغيير الوصف
لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية **قال** رحمه الله ومن يعجز عن القيام بالوصية
معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصيا ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد
المصنف العاجز اصلا اذا ظهر عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق
الموصى والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي وبعض كفايته وجب
عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك

اى عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر فى الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره
بدر رعاية للنظر من الجانبين اى جانب الموصى بقيام المنصوب من جهة القاضى بالتصرف فى حوائج
الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضى ان يتعرض
اليه بالاخراج وان شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره
ووجه ذلك مذكور فى الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الى آخره روى عن ابى القاسم الصفار انه قال
هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد
على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه ناخذ
بمنزلة الوكيلين اذا وكل منهما على الانفراد وحكى عن ابى بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا
سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل فى المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون
عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف
الوكالة وانما قال الا فى اشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها فذكر
فى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة
من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد
ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهى الستة
المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة قيل
ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيتعدد واصلا لئلا يزيد بانفراد على
من الثمانية والذى ذكره المصنف اكثر من ذلك وقوله سببها الولاية يعنى انها لا تثبت الا لمن تثبت
له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية اى الولاية المستفادة
من الموصى لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير ليبين ان اقتضاء الدين
ليس كقضاء شىء له على الاطلاق وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه فى مطلع الكلام
ما ذكره صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اى
الى الحى ظاهر وقوله والى الحق فى النفس حيث اذا مات الابكار ولاية تزويج الصغار والصغائر
واستيفاء القصاص لحق تعلق الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة
يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية
اى عند موت الموصى كان للوصى ولاية فى التركتين اى فى تركته نفسه سماه تركته باعتبار ما يئول اليه
وتركة موصيه اما فى تركته فباعتبار انه ملكه واما فى تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فترك
الثانى منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اى لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصى
غيره **قال** رحمه الله ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى لرجل
واوصى لرجل بثلث ماله وله ورثة صغار وكبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائبا عن الورثة
واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار لانهم لو
صغارا وفى المنقول والعقار ان كانوا صغارا او فى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصتهم

فى يديه

فى يديه لم ترجع الورثة على الموصى له بشىء واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا
فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ
القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك
فى يد الوصى ما افرزه كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما فى ايديهم والفرق بين المنقول والعقار
للورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا
كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه
المسئلة ما ذكره فى الكتاب من ان الوارث والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصى
خصما عنهم وقائما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى
مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اى فيما
اشتراه المورث ويرد عليه بالعيب فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه لو اشترى
جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة
لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشترى يرجع على بائعه دون بائع
بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره وقوله غير ان الوصى لا يضمن جواب
سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل
الذى هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال انه امين
فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وفيه اشارة
الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة فى يده لان الحفظ انما يتصور فى ذلك اما لو سلم اليهم
فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا فى النهاية فان
قاسم الورثة كان محلها من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير قوله لما بينا
اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه **قال** رحمه الله وان كان اوصى الميت بحجة
رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصى
الالف ودفعها الى الذى يحج عنه فسرقت فى الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ بثلث ما بقى من التركة وهو
الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ بثلث ما بقى مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقى من ثلث
جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال
محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ مرة اخرى وقال الحسن اذا سرقت الالف
الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ مرة اخرى ووجه ذلك مذكور فى الكتاب وهو واضح وقوله
ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره فى الكتاب وذكر الامام المحبوبى ان هذا الجواب فيما
اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين
من غير قضاء ولا رضى ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما
فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال اليتيم
فلذا قسمة قلت وضع المسئلة فى الدراهم اجله اشارة الى انها مما يوزن وقوله واذا

باع الوصي عبداً من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه عبده المأذون
له المديون بغير محضر من غرمائه العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هنا لك حقاً في استسعاء العبد
وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى
حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بل
يكون محققاً له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى الحاكم
بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لانه بعمل الامر يكون للورثة لان استحقاق
العبد يتبين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصي لا للورثة وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان
البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه
بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قايلاً هذا
العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع
التركة وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي
او امينه عبداً للغرماء الى آخره وقوله فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء
الا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على
الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالاً الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا
لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير
ووجه رواية الجامع الصغير ان المتأصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله
فان قسم الوصي الميراث الى آخره ظاهر وكذلك قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان
المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومنهم من لا يجوزه حتى
احتاج الى الفرق بينها وبينما اذا باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز على ما يجيء والفرق ان البيع
معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش واما الحوالة فليست كذلك لانه الحوالة
بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس
المال وهو لا يجوز واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند
ابي حنيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضاً على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح
ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه او باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز او لا
ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة
الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر
فصاعداً وعند محمد وعلى ظاهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي المأذون له والعبد
المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية
اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فكان تصرفهم نيابة عن اصله بخلاف الوصي على ما ذكرنا
في الكتاب عملاً بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن قال رحمه الله واذا كتب كتاب

علي

علي وصي هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغاراً
جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار على جوابا لتملك كما ذكرناه من قبل
سواء كانوا حاضرين او غيباً وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين
لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف
القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة اصلاً لكن يتقاضى ديون
الميت ويقبض حقوقه ويدفعه الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او وصى بوصية ولم يقض الورثة
الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطاً وبقدر الدين
ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضاً عند ابي حنيفة خلافاً لهما وتنفذ الوصية بقدر الثلث
ولو باع لتنفيذها شيئاً من التركة جاز بقدرها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين
وقوله لانه لا ولاية له عليها سواء دليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة اذا لم يكن
على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان
مأموراً بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة
عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضاً عند ابي حنيفة خلافاً لهما قالا لا يملك بيع الزيادة
اذ جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب
الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الباقي ولان في بيع البعض اضراراً
لعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا ترى انه
يملك الحفظ وبيع المنقول من حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسألة اذا كانت
الورثة كباراً بعبارة الكتاب واذا كانوا صغاراً بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغاراً وكباراً قلت
حكمها ان الكبار ان كانوا غيباً وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع
وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف المذكور وان اشتغلت
بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعاً وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول
والعقار جميعاً وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضوراً وكانت التركة خالية عن الدين يبيع
حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف والزيادة على الخلاف ولا يبيع
في المال الظاهر وقوله وكذلك الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان
وصي هؤلاء فيما تركوا الا يكون كوصي الاب في الكبير الغايب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع
ما ورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها
لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخال والعم فكذلك وصيها
واما الموروث للصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول
من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقاً فله
بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل

تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيعها الزيادة على قدر الدين فعلى الخلاف
المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للاخ على الصغير في
المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال الصغير من الجد الحاضر
ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا انه بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه الى اخره

فصل في الشهادة قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية
اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وجه الاستحسان الى
اخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب على الميت
وصيا اخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت فيها الشبهة
واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى لهما متى شهدا بذلك كان من
زعمهما انه لا بد منهما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك
تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت
بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة
قوله وكذا لو شهدا يعني الوصيين الحاضر واضح وقوله واذا شهد رجلان لرجلين هذه
المسائل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم
جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شايع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال
والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين
بوصية بعبد والرابع وهو المذكور في الكتاب اخرا هو ان يشهد الرجلين بعين وشهد المشهود
لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما يثبت فيه التهمة
لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب
واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي نص عليه
محمد ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب
الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة
حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق
الشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه لما فرغ من بيان احكام من
غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر
ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء اخر باعتبار نوع مغايرة
بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان
فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال قال
واذا كان اي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في
اول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة

ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الالتين عند الانفصال من الام
ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية
للالة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرف ان الالة التي هي المنفصل في حقه هذه والاخرى زيادة
خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل
وان ظهرت علامة النساء فهو امراة وان لم يظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا
يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب

فصل في احكامه لما
كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة
وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم
يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو التذكير لان حواء خلقت من ضلع
ادم اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل قيل
وانما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات
واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المراة في صلاة مشتركة
موهوم فللوهم احب له ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه وان
افسدها وان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجبت الاعادة وان كان انثى
لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا
والاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة
فعلى هذا التقدير يكون اعادة من على يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال
واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المراة
الرجل في حقهم موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ
بالسن فذلك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن
ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال او النساء فالاعادة واجبة وقوله لانه يباح لمملوكة النظر اليه
رجلا كان او امراة قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المراة لان
الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان
تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى نظر الجنس الى الجنس وهو اخف
منه الى خلاف الجنس فليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوج
الولي امراة بمهر يسير اغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير
اجيب بان محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل
كان صحيحا لان الخنثى ان كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا
فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير قيل لا فائدة في قوله في حياته
فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة
لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاحتراز بل يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره

ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء، وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان
الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام
وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو
ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسألة تدل
على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل
الى الرجل لجاز له الكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من
من رجل او امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما
شيطان وامره في ذلك يحتمل نظرا الى حاليه وقوله لا علم لي في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم
المرجح وقوله محمد ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنثى لا يثبت بالشك وقوله وان قال
بالقولين يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس
بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لانه يقتضي بقاء الاشكال او هو لا يعلم
في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل ما قال بلفظ ينبغي لان حكم غيره مذكور
فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وعكسه غير
ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف
فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا
لم يوجد له جنس فتعذر غسله فصار بمعنى من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهي
نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا
رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه الجانبان يكون امرأة ولا يشتري
جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشرى غير مفيد بخلاف الشرى للختان
فانه في حال الحياة وله اهلية الملك فيهما وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني لو اجتمعا
بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حالة
المماة والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر
واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل
بالتقريب اليها اولى وقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكبرهم اخذا للقران جانب القبلة
ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المرأة
النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة
وقوله وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث فلا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال
الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال
حياته ازيد على الثلاثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة
في كفنها خمسة اثواب قال رحمه الله ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن
القدوري ذكر قول محمد مع ابي يوسف وكذلك اثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر

البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ولكن ابا يوسف ومحمدا اختلفا في تخريج قول
الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره على قول ولم ياخذ به وهو ان يجعل
المسألة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بان يجعل على اثني عشر
واخذ به وكان قولا لابي يوسف اولا ثم لكن قولا لابي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات
ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى
عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور واحدة علامات الذكور بلا تعارض
فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن
ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما
على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لانه
الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كلا الحالين فيكون
فيكون له ثلاثة ارباع نصيب الابن فيضرب بمخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم فيحصل
سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى
اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان
لكل واحد ثلاثة اسهم وفي حال الاثلاث سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين
والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصف فيضعف
ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير قول محمد
اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد
اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني
عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة
في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضرب في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له
شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضرب في سبعة تكون خمسة وثلاثين فظهر
ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين لابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى
اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات
المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن وهو الاقل وهو ميراث
الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يوخذ بالمتيقن بحصة المشكوك
الى ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزايد
لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في
الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا تمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث
وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله
الا ان نصيبه الاقل المقدر لانه ذكر الاستثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا

للخنثى ميراث الانثى للتيقن ولم نجز زيادته الى نصيب الذكر لان المال لا يثبت بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون زوجا واما واختا لاب وام وخنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقى بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا تركت امراة واخوين لام واختا لاب وام هى خنثى للمراة الربع وللاخوين لام الثلث فان قدرنا الخنثى انثى فرض النصف فتكون المسئلة من اثنى عشر وتعول الى ثلاثة عشر ولها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثنى عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولاشى للخنثى وهذا معنى قول العلماء فى تفسير قوله اقل النصيبين اسوء الحالين وهو مذهب عامة الصحابة رضى الله عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره فى الحال كيف يكون حاله فى الميراث ما ذكره المصنف فى الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك فى اول البحث بقوله وهو انثى عنده فى الميراث الا ان يتبين غير ذلك فيثبت الحال التلثين فى تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك الكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زحما الا فى الثلث فبقى ما وراء ذلك مستحقا له وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضى اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم ياخذ منه كفيلا فى قول ابى حنيفة وعندهما يحتاط فى اخذ الكفيل عنه وقال بعضهم يحتاط فى اخذ الكفيل هاهنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك للمجهول وهاهنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضى قضاه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر يسترد ذلك من اخته وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما فى الحمل والمفقود **مسايل شتى** قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسايل شتى او مسايل شتوده او مسايل متفرقة من دابة المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاز ذلك ما يعرف انه اقرار يتبين الحال ما يجى من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون فيه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثانى ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا كما كان منه معهود في نعم وقوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه فى بنا المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى لو امتد ذلك به سنة كذا ذكره التمرتاشى وروى عن ابى حنيفة انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله فى الابدة عرفناه بالنص وهو ما روى عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل بسهم فقتله فقال عليه السلام

انها

ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله ولا يحد اى الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اذا كان مقذوفا وقوله وهو فى حق الاخرس اى العجز فى حق الاخرس اظهر منه فى حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب فى حق الغايب فى ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل فى حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء والماء مرسوم اى معنون اى مصدر بالعنوان وهو ان يكتب فى صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم فى كل منها ما ذكره وقوله فينوى فيه اى يطلب منه النية فيه وقوله انه بمنزلة صريح الكتاب اى الكتابة القولية كقوله انت باين وامثاله وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعزل يثبت بغيره وقد تثبت بغير لفظ اى بفعل يدل على القول كالتعاطى وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اى لا يكون حجة فيكون فيهما اى فى الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اى لان الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اى محمد جمع هنا اى فى الكتاب بينهما بقوله يكتب كتابا او يومى ايماء وقوله وفى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الاشارة لان فصل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفى الاشارة زيادة اثر لم يوجد فى الكتاب لانه اى الاشارة اقرب الى النطق من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام وهى منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذى صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه اى لا يجوز اقراره بان اومى براسه اى نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلى فى الذى يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلى فى بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها فلا يخفى فيه التخفيف ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يتيقن فلان يجوز بالتحرى حالة الاشتباه اولى والله اعلم

تم الجزء الاخير من العناية شرح الهداية بعون الله تعالى
وحسن توفيقه على يد العبد الضعيف المفتقر الى اللطف
الرباني الملتجي حسين بن صادق بن حسن
الادرنوي الحنفي اصلح الله بيده وولد
اتمه في غدوه بعد الضحى من يوم
السبت في اليوم الثاني والعشرين
من شوال المكرم لسنة ثمانين
بعد الالف